{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Rau, Charles-Frédéric (1803-1877). Cours de droit civil français, d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae, par MM. C. Aubry,... C. Rau,... 3e édition.... 1863-1865.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

F 46333

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

D'APRÈS L'OUVRAGE ALLEMAND

DE C.-S. ZACHARIÆ,

PAR MM.

C. AUBRY,

Doyen et professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Strasbourg,
Juge suppléant au tribunal de la même ville,
Officier de la Légion d'Honneur.

C. RAU,

Professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Strasbourg,
Juge suppléant au tribunal de la même ville et Bâtonnier de l'ordre des avocats,
Chevalier de la Légion d'Honneur.

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE

TROISIÈME ÉDITION,

ENTIÈREMENT REFONDUE ET COMPLÉTÉE.

TOME SECOND.

DÉPÔT LÉGAL
Paris-Seine
22 Nov 63

PARIS,

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE,

COSSE, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION

ET DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA MÊME COUR ET AU CONSEIL D'ÉTAT.

Place Dauphine, 27.

1863.

1865

STRASBOURG, TYPOGRAPHIE DE G. SILBERMANN.

DROIT CIVIL THÉORIQUE FRANÇAIS.

SECONDE PARTIE.

DES DROITS CIVILS CONSIDÉRÉS SOUS LE RAPPORT DES OBJETS AUXQUELS ILS S'APPLIQUENT.

INTRODUCTION.

I. DES OBJETS DES DROITS CIVILS EN GÉNÉRAL.

§ 162.

Les objets des droits civils sont corporels ou incorporels, selon qu'ils tombent sous les sens, ou qu'ils ne peuvent être perçus que par l'entendement [1].

Parmi ces objets, il en est qui, tels que le corps, la liberté, l'honneur, se confondent avec l'existence même des personnes. Il en est d'autres qui existent en dehors et indépendamment de la personne investie des droits dont ils forment la matière. Ces derniers sont appelés objets extérieurs.

Les droits relatifs aux objets de la première espèce ne pouvant donner lieu à réclamation qu'autant qu'ils ont été lésés par suite d'un délit ou d'un quasi-délit, et produisant alors une action en dommages et intérêts, ils se résolvent, quant à leurs effets juridiques, en droits sur des objets extérieurs.

Les objets extérieurs des droits civils sont des personnes ou des choses.

Les rapports juridiques de personne à personne sont de deux espèces : ou bien une personne se trouve placée dans une position de dépendance vis-à-vis d'une autre personne investie à son égard d'un droit de puissance; ou bien une personne est simplement obligée au profit d'une autre à l'accomplissement d'un fait (*prestation*). Au premier cas, c'est la personne elle-même qui forme l'objet du droit. Au second, c'est moins la personne obligée, que la prestation, qui en est la matière.

[1] Les principaux objets incorporels dont s'occupe le Droit, sont les droits, les obligations, les actions, les productions de l'esprit, le patrimoine.

On peut considérer les objets des droits civils, soit en eux-mêmes et d'après leur nature ou leur forme constitutive, soit sous le rapport de l'utilité qu'ils offrent à la personne qui a des droits à exercer sur eux. Envisagés sous ce dernier point de vue, et par conséquent abstraction faite de leur individualité, ces objets s'appellent des *biens*.

On a coutume d'appeler *biens innés* les objets qui se confondent avec l'existence même de la personne, en tant qu'on les considère sous le rapport, soit des avantages matériels ou moraux qu'ils procurent, soit de l'action en dommages-intérêts à laquelle la lésion de pareils objets peut donner ouverture. Dans le langage du Code, le mot *biens* ne comprend, ni les biens innés, ni même les droits de puissance envisagés comme tels, et indépendamment des avantages pécuniaires qui peuvent y être attachés. Cpr. art. 516 et 2092.

Lorsque plusieurs personnes ont simultanément des droits sur un objet, l'utilité juridique en est répartie entre elles. Les mêmes objets peuvent donc constituer des biens à l'égard de différentes personnes.

La distinction des objets des droits civils, en corporels et incorporels[2], en meubles et immeubles[3], n'est point à la rigueur applicable aux biens, car ce terme n'exprime qu'une abstraction[4].

L'ensemble des biens d'une personne constitue son *patrimoine*. Les éléments du patrimoine consistent donc dans les objets des droits civils considérés en leur qualité de biens; et comme ces objets ne revêtent cette qualité qu'à raison des droits auxquels ils

[2] La distinction des biens en corporels et incorporels peut cependant s'expliquer par les considérations suivantes : Le droit de propriété, absorbant toute l'utilité de l'objet qui y est soumis, se confond en quelque sorte avec cet objet, qui en est comme la représentation. Lors donc que l'objet d'un droit de propriété est une chose corporelle, l'utilité de ce droit se trouve, pour ainsi dire, matériellement représentée par la chose, et peut, par ce motif, être euvisagée comme constituant un bien corporel. Il en est autrement des droits réels autres que la propriété. Ces droits, n'absorbant pas toute l'utilité de l'objet sur lequel ils portent, ne peuvent, en aucune manière, être considérés comme étant matériellement représentés par cet objet.

[3] La distinction des biens en meubles et immeubles, est entièrement de droit positif, et ne peut être rationnellement expliquée. Elle se rattache à la distinction des droits en mobiliers et immobiliers. Cpr. § 165.

[4] En effet, l'expression *biens* désigne l'utilité qu'une personne peut retirer des objets sur lesquels elle a des droits à exercer, et par conséquent, une simple qualité de ces objets, ou, si l'on veut, le résultat des droits dont ils sont la matière.

sont soumis envers une personne, on peut aussi, en substituant en quelque sorte la cause à l'effet, définir le patrimoine, l'ensemble des droits civils d'une personne sur des objets constituant des biens.

Le patrimoine est une universalité de droit, en ce sens que les biens forment, en vertu de l'unité même de la personne à laquelle ils appartiennent, un ensemble juridique.

Les lois positives reconnaissent, à côté du patrimoine, plusieurs autres universalités juridiques. Tels sont : les objets soumis au droit de retour successoral dans les hypothèses prévues par les art. 351, 352, 747 et 766; les biens composant un majorat.

Il ne faut pas confondre avec les universalités juridiques, des collections d'objets réunis par le propriétaire à l'effet de servir à une destination ou à un usage commun, telles qu'une bibliothèque, un troupeau etc. Les objets qui composent de pareilles collections, appelées communément universalités de fait[5], sont à considérer, au point de vue juridique, comme restant distincts les uns des autres; et, à moins de modifications résultant de la volonté du propriétaire ou d'une disposition spéciale de la loi, les droits ou engagements qui s'y rapportent, sont régis par les mêmes principes que les droits ou engagements relatifs à des objets qui ne feraient pas partie de collections de cette espèce. Cpr. art. 616 et 1800.

Du reste, une universalité juridique peut, dans certains cas et à certains égards, être convertie en une universalité de fait par la volonté du propriétaire; c'est ce qui a lieu, par exemple, lorsqu'une personne lègue une portion héréditaire ou même une hérédité entière qui lui est dévolue.

II. DES DIFFÉRENTES DIVISIONS DES CHOSES ET DES BIENS.

SOURCES. — *Code Napoléon*, art. 516-543. Coutume de Paris, art. 88-95. — BIBLIOGRAPHIE. — Pothier, *Traité de la communauté*, nos 24 à 95. Proudhon, *Traité du domaine privé et de la distinction des biens*, I, p. 86 à 366. *Essai sur la distinction des biens*, par Malapert; Paris 1844, 1 vol. in-8°. *De la distinction des biens*, par Vaugeois; Paris 1861, 1 vol. in-8°.

[5] Le lien qui unit les objets dépendants d'une collection de cette espèce, n'est pas un lien juridique et nécessaire, comme celui qui unit entre eux les biens composant le patrimoine d'une personne.

A. *De la distinction des choses considérées en elles-mêmes.*

§ 163.

1. *De la division des choses en meubles et en immeubles. — Généralités.*

Les choses corporelles sont meubles ou immeubles, selon qu'elles peuvent ou non se transporter d'un lieu à un autre, sans changer de nature. Art. 528 et arg. de cet article.

La loi a étendu la même distinction aux choses incorporelles, qui de leur nature ne sont ni meubles ni immeubles. Cpr. art. 526 et 529.

En général, toute chose est comprise dans l'une ou l'autre de ces classes, mais ne saurait appartenir à toutes les deux à la fois. Art. 516.

Il est cependant des cas où la loi considère la même chose, tantôt comme mobilière, tantôt comme immobilière: c'est ce qui a lieu pour les récoltes. Art. 520.

D'un autre côté, on peut, par contrat de mariage, donner à un immeuble le caractère de meuble, et réciproquement, attribuer à un meuble la qualité d'immeuble. Mais cet ameublissement ou cette immobilisation n'ont d'effet que sous le point de vue formant l'objet de la convention. Cpr. art. 1500 à 1510.

Enfin, il existe certains meubles incorporels que les lois permettent, sous les conditions qu'elles déterminent, d'immobiliser même à l'égard des tiers [1].

§ 164.

Continuation. — Classification des immeubles et des meubles corporels.

1° *Des immeubles.*

Les immeubles corporels sont tels par leur nature ou par leur destination. Art. 517 [1].

a. A la rigueur les fonds de terre sont les seules choses véritablement immobilières de leur nature. Les objets unis ou incorporés au sol, et notamment les bâtiments ou autres constructions, qui sont le produit de l'industrie de l'homme, n'ont point par eux-mêmes ce caractère. Toutefois, comme la propriété du sol emporte

[1] Cpr. § 165, texte, notes 12 et 13.

[1] Les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, que mentionne également l'art. 517, sont les immeubles incorporels, dont il sera traité au § 165.

celle du dessous et du dessus, la loi range dans la classe des immeubles par nature, en les opposant aux immeubles par destination, tous les objets unis ou incorporés au sol.

Tels sont les édifices élevés au-dessus du sol, ainsi que les constructions faites au-dessous, et tout ce qui en forme partie intégrante [2]. Art. 518. Il en est de même de toute espèce de machines ou d'ouvrages fixes ou posés sur maçonnerie ou sur piliers [3], encore qu'ils ne fassent pas partie intégrante d'un bâtiment [4]. C'est ce qui peut avoir lieu pour des moulins à eau ou à vent, des scieries, des machines hydrauliques etc. Art. 519 et arg. de cet article. Il en est encore ainsi des tuyaux servant à la conduite ou à l'écoulement des eaux, lorsqu'ils se trouvent incorporés dans un bâtiment ou dans le sol [5]. Art. 523.

Les bâtiments ou autres ouvrages unis au sol sont immeubles par leur nature, qu'ils aient été construits par le propriétaire du fonds ou par un tiers, par exemple, par un fermier, par un locataire, ou par un usufruitier, et ce dans le cas même où le tiers constructeur se serait réservé la faculté de les démolir lors de la cessation de sa jouissance [6].

[2] Il ne faut pas confondre les objets qui forment partie intégrante et constitutive d'un bâtiment avec ceux qui, tout en s'y trouvant attachés à perpétuelle demeure, peuvent en être détachés sans subir de détérioration, et sans que le bâtiment devienne impropre à l'usage auquel il est affecté par sa nature même. Les objets de la première espèce sont seuls immeubles par leur nature ; ceux de la seconde ne le sont que par leur destination. Cpr. texte et notes 61 et 62 *infra* ; Civ. cass., 25 février 1824, Sir., 24, 1, 199.

[3] L'art. 519 n'emploie, il est vrai, que le terme *fixes*, qui semblerait indiquer la nécessité d'une jonction artificielle, opérée à l'aide de ciment ou de crampons. Mais si, indépendamment de ces moyens, la machine posée sur maçonnerie ou sur piliers y adhère par son propre poids, cela doit suffire pour la faire considérer comme formant un seul et même tout avec les parties incorporées dans le sol, qui sont précisément destinées à lui servir d'appui. Demolombe, IX, 125. Civ. cass., 12 mai 1834, Sir., 34, 1, 489. Voy. en sens contraire, Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, IV, 3174.

[4] Arg. *a contrario*, art. 531. Duranton, IV, 22. Marcadé sur l'art. 519, n° 1. Taulier, II, p. 145. Demolombe, IX, 124.

[5] Duranton, IV, 19. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 20. Demolombe, IX, 149. Coin-Delisle, *Revue critique*, 1858, XII, p. 397, n° 21. Voy. cep. Toullier, III, 15 ; Championnière et Rigaud, *op. cit.*, IV, 3160 ; Taulier, II, p. 147. Suivant ces auteurs, les objets dont s'agit ne seraient immeubles que par destination, et non par nature.

[6] Cpr. art. 555. Duvergier sur Toullier, III, 11, note *c*. Demolombe, IX, 104. Douai, 19 juillet 1844, Sir., 44, 2, 554. Civ. cass., 3 juillet 1844, Sir., 44, 1, 682.

Mais lorsque des constructions ont été faites par un tiers qui n'avait aucun droit réel sur le fonds, et qui, en l'absence de toute renonciation de la part du propriétaire du sol au bénéfice de l'accession, ne devait pas acquérir sur ces constructions elles-mêmes un droit de superficie[7], la jouissance qui lui en appartient, ne constitue à son profit qu'un droit mobilier[8]. A plus forte raison en serait-il ainsi de la simple indemnité qu'il aurait à réclamer du propriétaire du fonds. Il résulte entre autres de là, que le droit de ce tiers constructeur tombe dans la communauté légale[9], et que les constructions qu'il a élevées ne sont susceptibles, ni d'être hypothéquées par lui, ni d'être frappées de son chef d'une saisie immobilière[10]. Il en résulte également que dans le cas où un fermier, après avoir élevé des constructions sur le terrain affermé, cèderait avec son bail la jouissance de ces constructions, ainsi que le droit de réclamer, le cas échéant, du propriétaire du sol l'indemnité par lui due, une pareille cession ne serait pas passible des

Douai, 10 juillet 1844, Sir., 44, 2, 551. Civ. cass., 1er juillet 1845, Sir., 45, 1, 491. Rouen, 20 août 1859, Sir., 59, 2, 647. Civ. rej., 7 avril 1862, Sir., 62, 1, 459. Voy. en sens contraire : Grenoble, 2 février 1827, Sir., 27, 2, 107.

[7] Lorsqu'il compète au constructeur un droit réel sur le fonds, le caractère immobilier de ce droit s'étend aux bâtiments par lui élevés, et il en jouit au même titre. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, pour les constructions faites par un usufruitier. Championnière et Rigaud, *op. cit.*, IV, 3184. Demolombe, IX, 170 et 171. Voy. cep. Pont, *Des hypothèques*, nº 635. — Il en serait de même, si, par suite de la renonciation du propriétaire du sol au bénéfice de l'accession, le constructeur avait acquis sur ses constructions un droit de superficie. Cpr. sur cette hypothèse : § 223, texte nº 2, lettre *c*.

[8] En dehors des hypothèques particulières dont il est question à la note précédente, il nous paraît impossible de reconnaître au tiers constructeur un droit réel sur des bâtiments qui sont devenus dans leur forme constitutive un accessoire du fonds. Et quant à la jouissance qui peut lui appartenir sur ses constructions, en qualité de locataire ou de fermier, elle ne saurait être d'une autre nature que celle qui lui compète sur le fonds même. Or cette dernière est, comme nous le verrons, essentiellement personnelle et mobilière. Demolombe, IX, 167.

[9] Pothier, *De la communauté*, nº 37. Championnière et Rigaud, *op. cit.*, IV, 3177, note 1re. Persil, *Questions hypothécaires*, II, p. 291. Demolombe, IX, 168.

[10] Merlin, *Rép.* vº Hypothèques, sect. III, § 3, art. 3, nº 6. Persil, *op. et loc. citt.* Championnière et Rigaud, *op. et loc. citt.* Duranton, XXI, 6. Demolombe, *loc. cit.* Martou, *Des hypothèques*, III, 955. Besançon, 22 mai 1845, Sir., 47, 2, 273. Req. rej., 14 février 1849, Sir., 49, 1, 261. Voy. en sens contraire : Pont, *Des hypothèques*, II, 634. — Cpr. encore sur d'autres conséquences de la règle énoncée au texte : Douai, 17 novembre 1846, Sir., 47, 2, 276; Civ. cass., 8 juillet 1851, Sir., 51, 1, 682.

droits de vente immobilière [11], et ne serait pas sujette à transcription [12].

Sont encore immeubles par nature, les fruits ou récoltes pendants par branches ou par racines. Art. 520. Ainsi, par exemple, le légataire du mobilier n'a pas droit aux fruits non encore séparés du fonds au moment du décès du testateur [13]. Toutefois, les récoltes sur pied peuvent être frappées de la saisie mobilière appelée saisie-brandon. Code de procédure, art. 626. La règle posée par l'art. 520 n'est plus applicable, lorsqu'il s'agit de récoltes appartenant à un fermier. Ces objets rentrent à tous égards dans la catégorie des meubles [14].

[11] La proposition telle qu'elle est formulée au texte, ne nous semble pas susceptible de sérieuse contestation. Voy. en ce sens : Civ. rej., 2 juillet 1851, Sir., 51, 1, 535. Mais devrait-on admettre la même solution dans le cas où le fermier aurait, en cédant son droit au bail, déclaré vendre les constructions par lui faites ? La Cour de cassation décide d'une manière constante que la cession est en pareil cas passible des droits de vente immobilière, en se fondant sur ce qu'en matière d'enregistrement, la quotité des droits se détermine par la nature et la qualité de la chose vendue au moment où la vente est effectuée. Voy. Civ. cass., 2 février 1842, Sir., 42, 1, 101 ; Civ. cass., 3 juillet 1844, Sir., 44, 1, 682 ; Civ. cass., 26 août 1844, Sir., 44, 1, 708 ; Civ. cass., 1er juillet 1845, Sir., 45, 1, 491; Civ. rej., 5 janvier 1848, Sir., 48, 1, 197. Ces décisions, qui ont été vivement critiquées, nous paraissent cependant se justifier, au point de vue de la législation fiscale, par la double considération, que la Régie de l'enregistrement, à laquelle on présente un acte de vente portant sur des constructions dont le caractère immobilier est incontestable, n'a point à s'enquérir du point de savoir, si le vendeur est ou non propriétaire de ces constructions, et que les droits, une fois régulièrement perçus d'après la teneur d'un acte, ne sauraient être répétés sous le prétexte que les énonciations, d'ailleurs parfaitement claires de cet acte, n'expriment pas le véritable caractère des conventions intervenues entre les parties. Voy. en sens contraire : Championnière et Rigaud, *op. cit.*, IV, 3177 et suiv.; Demolombe, IX, 169 à 172.

[12] Mourlon, *De la transcription*, I, 13. Voy. en sens contraire : Flandin, *De la transcription*, I, 32. Les explications données aux notes précédentes nous dispensent de réfuter spécialement l'opinion de ce dernier auteur.

[13] La Cour de cassation avait également jugé, par application de l'art. 520, que, sauf le cas de saisie-brandon, les notaires sont seuls compétents, à l'exclusion des huissiers ou greffiers, pour procéder à la vente aux enchères de fruits ou récoltes pendants par branches ou racines. Voy. Civ. cass., 4 juin 1834, Sir., 34, 1, 402 ; Chamb. réun. cass., 11 mai 1837, Sir., 37, 1, 709 ; Civ. cass., 28 août 1838, Sir., 38, 1, 808. Mais la loi du 5 juin 1851 en a décidé autrement.

[14] Le droit de jouissance compétent au fermier étant purement mobilier, les fruits et récoltes dont il est propriétaire en vertu de ce droit de jouissance, revêtent nécessairement à ce point de vue le même caractère.

Sont enfin immeubles par nature, les plantes, arbustes et arbres sur pied [15]. Art. 521.

Il n'y a pas à cet égard de distinction à faire entre les arbres isolés, et ceux qui font partie soit d'une pépinière, soit d'une forêt, soumise ou non à un aménagement régulier.

Il n'y a pas non plus à distinguer entre les arbres qui se trouvent encore dans le sol qui les a produits, et ceux qui, après en avoir été arrachés, ont été transplantés dans un autre fonds, ne fût-ce que pour s'y nourrir et s'y fortifier [16]. Mais les arbres qui n'auraient été que momentanément déposés dans un fonds, jusqu'à leur vente ou leur transplantation, ne sont point à considérer comme immeubles [17].

S'il s'agissait d'une pépinière créée par un fermier, les arbres qui la composent étant sa propriété, ne prendraient pas le caractère d'immeubles [18].

Tous les objets ci-dessus indiqués, qui ne revêtent la qualité d'immeubles par nature qu'à raison de leur adhérence au sol, la perdent, d'une manière absolue, lorsqu'ils en sont séparés. Ainsi, les matériaux provenant de la démolition d'un édifice cessent d'être immeubles par le fait même de cette démolition [19]. Art. 532. Il en est de même des fruits et des arbres, qui deviennent meubles au

[15] Les fleurs et arbustes plantés dans des caisses ou dans des pots ne sont pas immeubles par nature, quand même ces caisses ou ces pots seraient placés en terre. Delvincourt sur l'art. 521. Duranton, IV, 45. Demolombe, IX, 145. — Ces objets ne pourraient-ils pas du moins, dans de certaines conditions, devenir des immeubles par destination? Cpr. texte et note 79 *infra*.

[16] Duranton, IV, 44. Demolombe, IX, 147. Voy. cep. Pothier, *De la communauté*, nos 34 et 46.

[17] Pothier, Duranton et Demolombe, *locc. citt.* Cpr. Paris, 9 avril 1821, Sir., 22, 2, 165.

[18] Duranton, *loc. cit.* Marcadé, sur les art. 520 et 521, no 2. Demolombe, IX, 146.

[19] Req. rej., 9 août 1825, Sir., 26, 1, 133. — Il en serait ainsi dans le cas même où le propriétaire n'aurait fait procéder à la démolition que dans le but d'élever immédiatement, à la même place, et avec les mêmes matériaux, un nouveau bâtiment. Duranton, IV, 113. Marcadé, sur l'art. 532, no 1. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 46. Demolombe, IX, 112 à 114. Lyon, 23 décembre 1811, Sir., 13, 2, 207. — Mais les matériaux, momentanément déplacés pour cause de réparation, conservent la qualité d'immeubles. *Ea, quæ ex ædificio detracta sunt, ut reponantur, ædificii sunt.* L. 17, § 10, D. *de act. empt. vend.* (19, 1). Pothier, *op. cit.*, nos 39, 62 et 63. Maleville et Delvincourt, sur l'art. 532. Toullier, III, 19. Duranton, IV, 111. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, IX, 110 et 111.

fur et à mesure qu'ils sont détachés ou abattus [20], et dès avant leur enlèvement. Art. 520, al. 2 et art. 521 [21].

D'un autre côté, les mêmes objets, quoique se trouvant encore unis ou incorporés au sol, perdent sous certains rapports leur caractère immobilier, lorsqu'ils forment directement et en eux-mêmes la matière d'une vente ou d'une disposition à titre gratuit faite en vue et sous la condition de leur séparation. C'est ainsi que la vente d'un bâtiment pour être démoli, ou de futaies même non aménagées pour être abattues, ne constitue qn'une vente mobilière, tant au point de vue de la quotité des droits d'enregistrement [22], que par rapport à l'application de l'art. 1141 [23]. On doit également en conclure que de pareilles ventes ne sont pas sujettes à transcription [24], et que la déchéance exceptionnelle à laquelle l'art. 1622 soumet, en matière de vente immobilière, l'action en diminution ou en augmentation de prix, ne s'applique pas à une vente de bois destinés à être abattus [25].

Mais, à moins qu'il ne s'agisse de fruits ou de récoltes, les immeubles par nature dont il est ici question ne sauraient être répu-

[20] D'après certaines coutumes, les fruits et récoltes étaient au contraire réputés meubles, avant toute séparation du sol, dès qu'approchait l'époque de leur maturité. Pothier, *Des choses*, part. II, § 1er. Merlin, *Rép.*, vo Catteux. Demolombe, IX, 132 à 137. Ce dernier auteur fait observer avec raison que la saisie-brandon offre encore un vestige de cette règle coutumière.

[21] Quoique l'art. 521 ne parle que de taillis, ou de futaies mises en coupes réglées, il serait déraisonnable d'en conclure, par argument *a contrario*, que les arbres d'une futaie non aménagée restent immeubles même après leur abatage. Si cet article ne s'occupe pas des futaies non aménagées, c'est que le législateur avait, en le rédigeant, simplement en vue d'abroger pour les coupes de bois, comme pour toutes espèces de fruits, la règle coutumière dont il a été parlé à la note précédente. Demolombe, IX, 136.

[22] Championnière et Rigaud, *op. cit.*, IV, 3817. Demolombe, IX, 159 à 161. Cpr. Civ. cass., 25 février 1824, Sir., 24, 1, 199. Il en serait ainsi, en l'absence de tout indice de fraude, alors même que la vente d'une futaie pour être abattue, aurait été faite au profit de celui qui s'était précédemment rendu acquéreur du sol, ou qui l'a acquis depuis. Championnière et Rigaud, *op. cit.*; IV, 3170 à 3173. Demolombe, IX, 164 et 165. Civ. rej., 8 septembre 1813, Sir., 16, 1, 15. Req. rej., 21 mars 1820, Sir., 1, 119. Civ. rej., 4 avril 1827, Sir., 27, 1, 440.

[23] Req. rej., 21 juin 1820, Sir., 21, 1, 109.

[24] Troplong, *De la transcription*, no 83. Mourlon, *De la transcription*, I, 9. Flandin, *De la transcription*, I, 30 et 31.

[25] Merlin, *Rép.*, vo Vente, § 8, art. 7. Demolombe, IX, 163. Req. rej., 25 février 1812 et 24 mai 1815, Sir., 15, 1, 180 et 335. Voy. aussi Civ. cass., 5 octobre 1813, Sir., 13, 1, 465.

tés meubles en ce qui concerne la capacité de celui qui voudrait les aliéner, même sous condition de séparation du fonds[26]. La vente des objets de cette espèce n'a pas davantage pour effet de les mobiliser au détriment des créanciers hypothécaires, qui sont admis à s'opposer à leur séparation, et à les comprendre dans la saisie immobilière du fonds[27].

Quant aux fruits et récoltes sur pied, la vente ou la disposition qui en est faite en vue et sous condition de leur séparatiou du sol, est mobilière d'une manière absolue et à tous égards, c'est-à-dire même en ce qui touche la capacité du vendeur[28], et les droits des créanciers hypothécaires[29]. Il en est ainsi des coupes de taillis ou de futaies soumises à un aménagement régulier, comme de toute

[26] Ainsi le tuteur, le mineur émancipé, et toute autre personne ayant le pouvoir ou la capacité de faire une vente mobilière sans être autorisée à passer une vente immobilière, ne peuvent valablement aliéner, sous condition de séparation du fonds, des immeubles par nature qui n'auraient pas le caractère de fruits. La question de capacité est ici préjudicielle, puisque la mobilisation de pareils objets ne saurait résulter que d'une vente valablement consentie. Duranton, IV, 37. Demolombe, IX, 180.

[27] Si la séparation du sol mobilise, même à l'égard des créanciers hypothécaires, les immeubles par nature qui ont été vendus pour en être détachés (Req. rej., 9 août 1825, Sir., 26, 1, 133), il n'en est pas de même de la vente seule d'objets de cette espèce, alors du moins qu'elle ne porte pas sur des fruits : une telle vente, en effet, ne constituant pas un simple acte d'administration, ne saurait préjudicier au droit réel des créanciers hypothécaires sur le fonds hypothéqué, et sur les objets qui, s'y trouvant encore de fait unis et incorporés, conservent par cela même, à leur égard, le caractère d'immeubles. Persil, *Régime hypothécaire*, I, p. 249. Valette, *Des hypothèques*, p. 223 et suiv. Demolombe, IX, 188 à 190. Pont, *Des hypothèques*, I, 364. Req. rej., 10 juin 1841, Sir., 41, 1, 484. Cpr. § 286. Voy. cep. Troplong, *Des hypothèques*, II, 404, et III, 834. Suivant cet auteur, la vente d'une coupe à faire dans une futaie, même non emménagée, serait opposable aux créanciers hypothécaires, par le motif que toutes espèces de bois sont de leur nature destinées à être coupées tôt ou tard. Ce motif se réfute par les observations présentées au commencement de la note.

[28] Toute personne possédant la capacité suffisante pour louer des biens, ou pour en recueillir les fruits, est par cela même aussi autorisée à en vendre la récolte sur pied. Demolombe, IX, 180.

[29] L'hypothèque n'enlevant pas au propriétaire de l'immeuble hypothéqué son droit d'administration, les créanciers hypothécaires ne sauraient être admis à s'opposer à la vente des fruits de cet immeuble, qui, à leur égard, n'en deviennent définitivement partie intégrante qu'à partir de la transcription de la saisie immobilière. Code de procédure, art. 682. Troplong, *Des hypothèques*, II, 404, et III, 834. Pont, *Des hypothèques*, I, 363 et 365. Demolombe, IX, 187. Cpr. Civ. cass., 19 vendémiaire an XIV, Sir., 6, 1, 65. Voy. aussi les autorités citées à la note suivante.

autre espèce de fruits, pourvu que le terme normal de la coupe soit arrivé [30].

Quoique la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, rien n'empêche cependant qu'un fonds de terre ne puisse être divisé de telle sorte que la propriété du dessus appartienne à une personne, et la propriété du dessous à une autre personne. En pareil cas, les deux parties du fonds constituent chacune *per se* un immeuble par nature distinct. C'est ce qui a lieu notamment par la constitution d'un droit de superficie, ou par la concession d'une mine. Loi du 21 avril 1810, art. 7 et 8.

Ce qui a été dit précédemment sur la mobilisation résultant, pour les objets réputés immeubles par nature, de leur séparation du sol, et sur la vente de pareils objets faite sous condition de séparation, s'applique en général aux produits des mines, minières, carrières et tourbières [31].

b. Les immeubles par destination sont les objets mobiliers que la loi répute immeubles, à raison de l'usage auquel ils ont été affectés par le propriétaire d'un fonds de terre ou d'un bâtiment, dont ils ne font cependant pas partie intégrante [32].

L'immobilisation dont s'agit ne peut résulter que du fait du propriétaire lui-même ou de son représentant. Ainsi, les objets affectés à l'usage d'un fonds de terre ou d'un bâtiment par un fermier, par un locataire, ne sont point à considérer comme immeubles par destination [33], à moins qu'ils n'y aient été placés pour le compte du propriétaire, et en exécution du bail. Il en est de même des objets placés par un usufruitier [34]. Mais, au point de vue de

[30] Proudhon, *Domaine privé*, I, 100. Civ. rej., 26 janvier 1808, Sir., 9, 1, 65.

[31] Cpr. Loi du 21 avril 1810, art. 9. Championnière et Rigaud, *op. cit.*, IV, 3159. Proudhon, *op. cit.*, I, 101. Demolombe, IX, 160. Pont, *Revue critique*, 1851, I, p. 545. Req. rej., 29 mars 1816, Sir., 17, 1, 7. Civ. rej., 13 août 1833, Sir., 33, 1, 784. Civ. cass., 31 juillet 1839, Sir., 39, 1, 675. Civ. cass., 22 août 1842, Sir., 42, 1, 790. Civ. cass., 11 janvier 1843, Sir., 43, 1, 317.

[32] M. Demolombe (IX, 199) semble exiger, pour tous les objets susceptibles de constituer des immeubles par destination, la double condition, qu'ils aient été attachés au fonds par le propriétaire, et qu'ils l'aient été à perpétuelle demeure; mais cette dernière condition, qui n'est mentionnée que dans le dernier alinéa de l'art. 524, et qui ne s'applique qu'aux objets dont il est parlé en l'art. 525, est étrangère à ceux qui se trouvent énumérés aux douze premiers alinéas de l'art. 524. Coin-Delisle, *Revue critique*, 1858, XII, p. 385 et suiv., nº 29.

[33] Duranton, IV, 47. Demolombe, IX, 203 et 204. Coin-Delisle, *op. cit.*, nº 27. Lyon, 14 janvier 1832, Sir., 33, 2, 190. Grenoble, 20 février 1843, Sir., 44, 2, 11.

[34] Pothier, *De la communauté*, nº 63. Proudhon, *Du domaine privé*, I, 166

notre matière, on doit assimiler au propriétaire, le simple possesseur *animo domini*, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, aussi longtemps du moins que dure sa possession [35].

La loi classe les immeubles par destination en deux catégories distinctes :

α. La première comprend les objets que le propriétaire, soit d'un fonds de terre, soit d'une usine, ou de tout autre bâtiment à destination spéciale, y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, de cette usine, ou de ce bâtiment. Art. 524, al. 1 [36].

Tels sont, quant aux fonds ruraux [37], les animaux attachés à la culture [38], c'est-à-dire, non-seulement les bêtes de trait employées aux travaux agricoles, mais encore les bestiaux destinés à fournir les engrais nécessaires à l'amendement des terres [39], et même ceux qui, à raison de la nature particulière d'un fonds et de son mode spécial d'exploitation, sont à considérer comme des instruments de cette exploitation [40]. Art. 524, al. 3. Au contraire, les animaux placés sur un domaine pour y être engraissés, et ensuite vendus,

Marcadé, sur l'art. 524, nº 4. Bugnet, sur Pothier, *Int. gén. aux cout.*, nº 47. Demolombe, IX, 210 et 211. Coin-Delisle, *op. et loc. citt.* Pont, *Des hypothèques*, I, 372. Voy. en sens contraire, Duranton, IV, 59 ; Taulier, II, 153.

[35] Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, IX, 208 et 209. Cpr. Duranton, *loc. cit.*

[36] Le 1er al. de l'art. 524 renferme une innovation législative. Cpr. Riom, 6 avril 1821, Sir., 22, 2, 339. En droit romain, et suivant la règle *Instrumentum fundi non est pars fundi* (L. 2, § 1, D. *de instrum. leg.*, 33, 7), les objets affectés à la culture et à l'exploitation d'un fonds rural ne devenaient point immeubles, à l'exception cependant des échalas et des pailles et engrais. L. 17, §§ 2 et 11, D. *de act. empt. vend.* (19, 1). L'ordonnance de 1747, tit. I, art. 6, avait, il est vrai, modifié cette règle, mais seulement en matière de substitutions. Le Code Napoléon ayant converti en principe général la disposition de l'ordonnance de 1747, il devenait inutile de la reproduire d'une manière spéciale dans l'art. 1064.

[37] L'énumération donnée par l'art. 524 des objets réputés immeubles, comme destinés au service et à l'exploitation d'un fonds rural, est purement énonciative. Demolombe, IX, 220. Coin-Delisle, *op. cit.*, p. 405, nº 30. Lyon, 28 juillet 1848, Sir., 49, 2, 366.

[38] Cpr. Limoges, 15 juin 1820, Sir., 21, 2, 16; Req. rej., 1er avril 1835, Sir., 36, 1, 55.

[39] Marcadé, sur l'art. 522, nº 4. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 22. Demolombe, IX, 235 et 239. Coin-Deliste, *op. cit.*, p. 394, nº 14 ; p. 408, nº 34. Bordeaux, 14 décembre 1829, Sir., 30, 2, 79. Voy. aussi les arrêts cités à la note 47 *infra*.

[40] C'est ce qui a lieu, par exemple, pour les vaches attachées à des métairies dont l'exploitation principale consiste dans la fabrication des fromages. Proudhon, *op. cit.*, I, 117.

ne deviennent point immeubles [41], non plus que ne le deviennent les volailles de basse-cour [42].

Sont également immeubles par destination, comme affectés à l'exploitation des fonds de terre :

Les ustensiles aratoires. Art. 524, al. 4.

Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes servant à l'exploitation agricole. Art. 524, al. 10.

Les pailles et engrais destinés à la litière des animaux et à l'amendement des terres [43]. Art. 524, al. 12.

Les grains et graines nécessaires à leur ensemencement [44].

Les échalas et les perches à houblon [45].

La loi assimile aux objets placés par le propriétaire d'un fonds rural pour le service et l'exploitation de ce fonds, les animaux, estimés ou non [46], que dans ce but il a livrés au fermier ou métayer [47], ainsi que les semences qu'il lui a données. Art. 522 et

[41] Duranton, IV, 56. Proudhon, *op. cit.*, I, 119. Championnière et Rigaud, *op. cit.*, IV, 3196. Demolombe, IX, 242 et 243. Coin-Delisle, *op. cit.*, p. 409, nº 35. Bourges, 6 mai 1842, Dalloz, 1844, 2, 26.

[42] Troplong, *De la vente*, I, 323. Demolombe, IX, 244.

[43] M. Demolombe (IX, 250) enseigne que le foin et l'avoine nécessaires à la nourriture des bestiaux attachés au fonds, sont également immeubles par destination. Nous ne saurions adhérer à cette doctrine, qui nous paraît étendre au delà de ses limites l'idée servant de base aux dispositions de l'art. 524, et d'après laquelle on ne doit ranger parmi les immeubles par destination que les objets directement et immédiatement destinés à l'exploitation du fonds. La suppression par la Section de législation du mot *foins*, qui, dans le projet de la Commission de rédaction, se trouvait ajouté aux termes *pailles et engrais*, vient à l'appui de notre manière de voir. Coin-Delisle, *op. cit.*, p. 499 et 500, nos 66 à 68.

[44] *Non obstat* art. 524, al. 5. Si le législateur a cru devoir spécialement mentionner les semences données aux fermiers ou colons partiaires, la raison en est que de pareilles semences devenant, comme choses fongibles, la propriété de ces derniers, on aurait pu croire que, par cela même, elles ne revêtent pas, malgré la destination à laquelle elles sont affectées, le caractère d'immeubles. Duranton, IV, 57 et 58. Taulier, II, p. 148. Marcadé, sur l'art. 524, nº 4. Demolombe, IX, 248. Coin-Delisle, *op. cit.*, p. 402, nº 39. Voy. en sens contraire, Zachariæ, § 170, note 25.

[45] Pothier, *De la communauté*, nº 39. Maleville, sur l'art. 524. Duranton, IV, 69. Proudhon, *op. cit.*, I, 141. Taulier, II, p. 147. Demolombe, IX, 251. Coin-Delisle, *op. cit.*, p. 403, nº 28.

[46] En matière de cheptel, l'estimation ne vaut pas vente ; elle n'est censée faite que *intertrimenti causâ*. Cpr. § 376, texte nº 3.

[47] Les explications données ci-dessus sur le sens des termes *animaux atta-*

524, al. 5. Cette assimilation doit être étendue à tous les autres objets ci-dessus énumérés [48].

Enfin, la loi place encore dans cette première catégorie d'immeubles par destination, les pigeons des colombiers, les lapins des garennes, les ruches à miel, et les poissons des étangs [49]. Art. 524, al. 6 à 9 [50]. On doit par assimilation y ranger également toute espèce de gibier renfermé dans un parc [51]. Mais on ne saurait y comprendre les vers à soie placés dans une magnanerie [52].

Les établissements destinés à l'exploitation d'eaux minérales ayant pour objet de faire valoir le fonds même qui les contient, les meubles placés dans ces établissements pour l'usage ou l'emploi direct des eaux, deviennent immeubles par destination [53].

Les objets mobiliers réputés immeubles par destination en ce qui concerne les usines, sont les machines, ustensiles, outils, et même les chevaux [54], nécessaires à leur exploitation [55]. Art. 524, al. 11.

chés à la culture, employés par l'art. 524, s'appliquent également à l'hypothèse dont s'occupe l'art. 522. Demolombe, IX, 235. Coin-Delisle, *op. cit.*, p. 394 et 395, nos 14 et 15. Riom, 30 août 1820, Sir., 23, 2, 20. Riom, 28 avril 1827, Sir., 27, 2, 79. Bourges, 24 février 1837, Sir., 38, 2, 108.

[48] Demolombe, IV, 236.

[49] Les pigeons de volière, les lapins de clapier, et les poissons de vivier ne sont point immeubles. Ferrière, *Corps et compilation des commentateurs*, 1, 1363 à 1365. Pothier, *De la communauté*, n° 41. Chavot, *De la propriété mobilière*, I, 39. Proudhon, *op. cit.*, I, 123, 125 et 127. Demolombe, IX, 276.

[50] On a fait observer avec raison que les pigeons de colombier, les lapins de garenne, et les poissons des étangs sont plutôt immeubles par accession que par destination. Cpr. art. 564. Marcadé, sur l'art. 524, n° 4. Demolombe, IX, 275. Voy. cependant Coin-Delisle, *op. cit.*, p. 412, n° 40.

[51] Marcadé, sur l'art. 524, n° 4. Coin-Delisle, *op. et loc. citt.*

[52] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, VIII, p. 33 et suiv., n° 14). Demolombe, IX, 278.

[53] Demolombe, IX, 267. Coin-Delisle, *op. cit.*, p. 493, n° 58. Civ. cass., 18 novembre 1845, Sir., 46, 1, 78.

[54] C'est ce que l'art. 8 de la loi du 21 avril 1810 sur les mines établit expressément quant aux chevaux nécessaires à l'exploitation des mines. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 25. Demolombe, IX, 269. Voy. en sens contraire, Duranton, IV, 56.

[55] Les objets qui, quoique attachés à une usine, ne sont pas nécessaires à son exploitation, ne deviennent pas immeubles. Demolombe, IX, 268 à 274. Coin-Delisle, *op. cit.*, p. 498, n° 65. Il en est ainsi notamment des chevaux et voitures employés à transporter au dehors les objets fabriqués. Cpr. loi du 21 avril 1810, art. 8. Bruxelles, 21 juin 1807, Sir., 7, 2, 1052. Il en est de

On doit entendre par usines, non-seulement les établissements industriels mis en mouvement au moyen d'un moteur naturel ou artificiel, mais toutes les fabriques ou manufactures établies dans un bâtiment spécialement construit ou approprié pour les recevoir, et dont les machines, ustensiles et outils ne forment ainsi que le complément et l'accessoire [56]. Telles sont, par exemple, les forges, les papeteries, les verreries, les établissements de filature ou de tissage mécanique, les raffineries, les brasseries, les distilleries, et même les imprimeries placées dans un bâtiment spécialement affecté à cet usage, alors surtout que les presses sont mises en mouvement par la vapeur [57].

Mais les simples ateliers de serrurerie, de menuiserie, d'imprimerie, qui peuvent se placer dans des localités quelconques, ne constituent pas des usines, et les ustensiles ou outils qui y sont attachés ne revêtent pas dès lors le caractère d'immeubles [58].

En dehors des accessoires des usines proprement dites, il faut encore considérer comme immeubles, les agrès et machines nécessaires à l'exploitation de tout bâtiment à destination spéciale, et qui, dans sa forme actuelle, serait impropre à tout autre usage. C'est ainsi que les machines et décorations d'un théâtre sont im-

même des métiers à tisser placés, non dans un établissement de tissage, mais dans une filature. Req. rej., 27 mars 1821, Sir., 21, 1, 327. Cependant il a été jugé que les tonnes destinées au transport de la bière chez les consommateurs peuvent être considérées comme nécessaires à l'exploitation des brasseries, et par suite comme immeubles par destination. Civ. rej., 4 février 1817, Sir., 17, 1, 359.

[56] Demolombe, IX, 258 à 260. Cpr. Lyon, 8 décembre 1826, Sir., 27, 205. Voy. cependant Coin-Delisle, *op. cit.*, p. 482 à 498, nos 44 à 64. Ce dernier auteur, après avoir donné au mot *usine* une signification beaucoup trop restreinte, à notre avis, range parmi les usines certains établissements qui ne seraient point à considérer comme telles d'après sa définition. M. Coin-Delisle ne paraît pas, d'ailleurs, avoir remarqué que le 1er al. de l'art. 524, qui pose le principe de la matière, déclare immeubles par destination tous les objets que le propriétaire d'un fonds, de quelque nature qu'il soit, sol ou bâtiment, y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, et qu'ainsi un bâtiment à destination spéciale, ne constituât-il point une usine, on ne devrait pas moins reconnaître le caractère d'immeubles par destination aux objets mobiliers nécessaires à son exploitation.

[57] Taulier, II, p. 152. Demolombe, IX, 265. Voy. en sens contraire, Coin-Delisle, p. 495, no 60.

[58] Duranton, IV, 65. Demolombe, IX, 261 à 263 et 265. Bruxelles, 11 janvier 1812, Sir., 13, 2, 226.

meubles par destination [59]. Mais il en est autrement du mobilier d'une hôtellerie ou d'un hôtel garni [60].

β. La seconde catégorie des immeubles par destination comprend les objets mobiliers qui, sans faire partie intégrante ou constitutive d'un fonds, y ont été attachés à perpétuelle demeure par le propriétaire de ce fonds, soit pour le préserver de dégradations, soit pour en rendre l'usage plus commode ou plus agréable. Art. 524, al. 3.

En fait, la question de savoir si tels ou tels objets mobiliers attachés à un bâtiment en forment partie intégrante, ou n'en constituent que de simples accessoires, et si par suite ils sont à considérer comme immeubles par nature, ou par destination, peut quelquefois être assez délicate à résoudre [61]. A notre avis, le principe de solution le plus rationnel est de ranger parmi les immeubles par nature, ceux de ces objets à défaut desquels le bâtiment ne serait pas complet comme tel, et de classer parmi les immeubles par destination, ceux qui n'y ont été attachés que pour l'une ou l'autre des fins ci-dessus indiquées [62].

D'après ce principe, on considérera, non comme immeubles par destination, mais comme immeubles par nature, les portes, les fenêtres, les contrevents, les parquets, les boiseries, les placards, les chambranles de cheminées, les alcoves, les rateliers d'écurie, les volets mobiles de boutique [63], et même les serrures et les

[59] Voy. note 56 *supra*. Marcadé, sur l'art. 524, nº 4. Taulier, II, p. 152. Demolombe, IX, 266. Cpr. Duranton, IV, 66. Voy. en sens contraire : Décision ministérielle du 4 mars 1806, *Jurisprudence du Code civil*, VI, p. 365; Championnière et Rigaud, IV, 3190; Coin-Delisle, *op. cit.*, p. 498, nº 64.

[60] Demolombe, IX, 264. Civ. cass., 18 novembre 1845, Sir., 46, 1, 78.

[61] Divers systèmes ont été proposés sur ce point. Suivant MM. Du Caurroy, Bonnier et Roustain (II, 27), on ne devrait considérer que comme immeubles par destination, les objets mobiliers servant à compléter la construction, *ad integrandam domum*. Marcadé (sur les art. 524 et 525, nos 1, 2 et 3) enseigne, dans un sens diamétralement contraire, que l'on doit ranger parmi les immeubles par nature, tous les objets mobiliers qui se trouvent physiquement attachés au fonds dans les conditions déterminées par le 1er al. de l'art. 525. Mais, ainsi que l'a fort bien fait remarquer notre savant collègue, M. Demolombe (IX, 284 à 389), la première de ces opinions sacrifie l'art. 518, et la seconde, l'art. 525, tandis qu'il s'agit précisément pour l'interprète de trouver une doctrine qui fasse à chacun de ces articles la part d'application qui lui revient. Notre système concorde en général avec celui de ce dernier auteur (IX, 290 à 292).

[62] Cpr. sur l'intérêt pratique que présente cette distinction, Demolombe, IX, 296 à 305.

[63] Demolombe, IX, 293 et 294. Voy. en sens contraire: Duranton, IV, 70.

clefs [64]. On rangera, au contraire, parmi les immeubles par destination, les cheneaux et tuyaux de descente destinés à l'écoulement des eaux pluviales ou ménagères, lorsqu'ils ne sont pas incorporés au bâtiment [65], les paratonnerres, les auvents et marquises simplement fixés au-dessus des portes d'entrée ou de boutiques.

Les objets mobiliers, placés par le propriétaire dans un bâtiment ou dans ses dépendances, ne deviennent immeubles par destination, qu'autant qu'ils y ont été attachés à perpétuelle demeure, c'est-à-dire avec l'intention d'en faire des accessoires permanents du fonds.

Cette condition se rencontre en général, pour les objets scellés au bâtiment à chaux, à plâtre, ou à ciment, et pour ceux qui ne peuvent en être détachés sans fracture ou détérioration, ou sans endommagement de la partie du fonds à laquelle ils sont fixés. Art. 525, al. 1.

Elle se rencontre spécialement : pour les glaces, tableaux, et autres ornements, lorsque le parquet sur lequel ils sont attachés fait corps avec la boiserie; et pour les statues, lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir. Art. 525, al. 2 et 3.

Mais ces dispositions matérielles ne sont pas les seules à l'aide desquelles puisse se réaliser l'immobilisation. Elle peut résulter de tous autres modes d'union physique et apparente, indiquant, d'une manière non équivoque, l'intention du propriétaire d'attacher à son fonds tels ou tels objets mobiliers à perpétuelle demeure [66].

C'est ainsi que les glaces prennent le caractère d'immeubles,

[64] L. 17, *proe.*, D. *de act. empt. vend.* (19, 1). Pothier, *De la communauté.* Demolombe, IX, 295. Voy. en sens contraire : Duranton, *loc. cit.*

[65] Cpr. texte et note 5 *supra.* Coin-Delisle, *op. cit.*, p. 397, nº 21. Cpr. Demolombe, IX, 150.

[66] En effet, le dernier alinéa de l'art. 524 déclare immeubles par destination, tous les effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure, sans subordonner l'immobilisation à la condition d'un mode déterminé d'adjonction; et si l'art. 525 indique certains signes extérieurs comme emportant nécessairement, de la part du propriétaire, l'intention d'immobiliser tels ou tels objets mobiliers, rien n'annonce dans la rédaction de cet article que le législateur ait eu la volonté de rendre limitatives les indications qu'il renferme. Tout ce qu'on peut conclure des différentes applications que la loi a faites dans l'art. 525 du principe posé par le dernier alinéa de l'art. 524, c'est que l'immobilisation ne saurait résulter de l'intention seule du propriétaire, qu'il faut de plus que cette intention ait été manifestée d'une manière non douteuse par des signes extérieurs. Voy. les autorités citées à la note suivante.

quand leur agencement avec les différentes parties de l'appartement, et la manière dont elles sont fixées, manifestent avec certitude l'intention d'en faire des accessoires permanents du bâtiment [67]. C'est ainsi encore que les statues sont immeublés par destination, lorsqu'elles sont posées sur un piédestal incorporé au sol par un travail en maçonnerie [68]. C'est ainsi enfin qu'une horloge, placée dans une partie du bâtiment disposée exprès pour la recevoir, est également immeuble par destination [69].

Il y a mieux : on doit également considérer comme attachés à perpétuelle demeure et comme immeubles par destination, les objets mobiliers qui, quoique non fixés au fonds, en forment cependant des accessoires en quelque sorte indispensables, et que le propriétaire ne possède qu'en cette qualité, et pour l'usage de ce fonds. Tel serait un bac ou bateau exclusivement destiné au passage des habitants d'une maison située sur le bord d'une rivière. Telles seraient également les pompes à incendie avec les agrès nécessaires à leur service, alors du moins qu'elles se trouvent placées dans des bâtiments qui, à raison de leur destination, sont particulièrement exposés aux dangers d'incendie [70].

Du reste, les objets mobiliers, même fixés à un bâtiment, conservent leur nature de meubles, lorsqu'ils n'y ont été attachés qu'en vue de la profession du propriétaire, et par suite, d'une manière purement temporaire. C'est ce qui a lieu, par exemple, pour les enseignes des marchands, et les panonceaux des notaires [71].

Les mêmes causes qui font perdre aux immeubles par nature le caractère immobilier, le font perdre *a fortiori* aux immeubles par destination. Ainsi, les objets de cette nature deviennent meubles, d'une manière absolue, par leur séparation du fonds sur lequel ils

[67] Proudhon, *Du domaine privé*, I, 149. Duvergier, sur Toullier, III, 15, note *a*. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 27. Demolombe, IX, 309. Paris, 10 avril 1834, Sir., 34, 2, 223. Paris, 19 juin 1843, Sir., 43, 2, 319. Req. rej., 8 mai 1850, Sir., 50, 1, 523. Req. rej., 11 mai 1853, Sir., 53, 1, 570. Cpr. Civ. cass., 17 janvier 1859, Sir., 59. 1, 519. Voy. en sens contraire : Coin-Delisle, *Revue critique*, 1853, III, p. 24, 1854, IV, p. 309, n° 4 ; Paris, 20 février 1833, Sir., 34, 2, 80.

[68] Merlin, *Rép.*, v° Biens, § 1, n° 7. Duvergier, sur Toullier, III, 15, note *b*. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.* Demolombe, IX, 312. Voy. en sens contraire : Toullier, III, 15 ; Taulier, II, p. 153 ; Proudhon, *op. cit.*, I, 155.

[69] Merlin, *Rép.*, v° Biens, § 1, n° 5. Demolombe, IX, 316.

[70] Merlin, *op. v° et loc. citt.* Marcadé, sur l'art. 524, n° 4. Demolombe, IX, 318 et 319.

[71] Demolombe, IX, 283.

étaient placés, ou auquel ils se trouvaient attachés[72]. Ainsi encore, la vente d'immeubles par destination faite séparément du fonds n'est qu'une vente mobilière en ce qui touche la quotité des droits d'enregistrement[73]. Mais aussi, d'un autre côté, une pareille vente ne peut-elle à elle seule, et indépendamment de toute tradition, préjudicier aux droits des créanciers hypothécaires[74].

2° *Des meubles.*

Les meubles sont tels par leur nature (meubles corporels), ou par la détermination de la loi (meubles incorporels). Art. 527. Nous ne nous occuperons de ces derniers qu'au paragraphe suivant.

Toutes les choses corporelles qui ne rentrent pas dans l'une des catégories d'immeubles précédemment établies, sont mobilières.

Sous le rapport de leurs propriétés naturelles, les meubles corporels se divisent en deux classes, suivant qu'ils peuvent se mouvoir par eux-mêmes, ou qu'ils ne peuvent changer de place que par l'effet d'une force étrangère. Art. 528. Mais cette distinction n'est en Droit d'aucune importance.

Les meubles ne perdent pas leur qualité naturelle par cela seul qu'ils sont destinés à occuper constamment la même place, comme par exemple les moulins ou bains sur bateaux, les bacs[75], et les bateaux servant au blanchissage[76]. Art. 531.

[72] Demolombe, IX, 322 et 323. Cpr. texte, n° 1 et note 19 *supra*.

[73] Championnière et Rigaud, *op. cit.*, IV, 3191. Demolombe, IX, 324. Civ. rej., 23 avril 1822, Sir., 22, 1, 409. Civ. rej., 19 novembre 1823, Sir., 24, 1, 60. Civ. rej., 23 avril 1833, Sir., 33, 1, 632. — Il en serait cependant autrement si, la vente du fonds et des immeubles par destination ayant eu lieu par un seul et même acte, quoique pour des prix distincts, il ressortait des circonstances que, dans l'intention des parties, les immeubles par destination devaient après la vente rester attachés au fonds, comme ils l'étaient antérieurement. Req. rej., 20 juin 1832, Sir., 32, 1, 594. Civ. rej., 15 décembre 1857, Sir., 58, 1, 551. — Il est, du reste, bien entendu que, dans le cas même de deux ventes séparées, portant l'une sur le fonds, et l'autre sur les immeubles par destination, la Régie serait admise à prouver que la rédaction de deux actes de vente distincts n'a eu pour but que de frauder les droits du fisc, et qu'en réalité, il y avait accord arrêté entre le vendeur et l'acquéreur pour la vente du fonds avec ses accessoires.

[74] Valette, *Des hypothèques*, p. 223 et suiv. Demolombe, IX, 326. Pont, *Des hypothèques*, I, 416 et 417. Cpr. Req. rej., 17 juillet 1838, Sir., 38, 1, 869; Bourges, 31 janvier 1843, Sir., 44, 2, 67. Voy. aussi texte et note 27 *supra*, et § 286.

[75] Voy. cependant texte et note 70 *supra*, sur les bacs ou bateaux exclusivement affectés au service d'une maison ou d'une ferme.

[76] Merlin, *Rép.*, v° Biens, § 1, n° 3. Demolombe, IX, 397. Paris, 4 frimaire an XII, Sir., 4, 2, 738.

Ils ne la perdent pas davantage à raison de l'intention que le propriétaire d'un fonds aurait manifestée, de les y incorporer. Ainsi, les matériaux assemblés pour construire un édifice restent meubles, jusqu'à ce qu'ils soient employés dans la construction[77]. Art. 532.

Enfin, on ne doit pas considérer comme revêtant un caractère immobilier, des meubles de même nature réunis en quantité plus ou moins considérable pour servir à une destination commune, et qui forment ce qui s'appelle une universalité de fait. C'est ainsi que les marchandises composant un fonds de commerce[78], les orangers et autres arbustes d'une serre[79], les livres d'une bibliothèque, et les tableaux d'une galerie conservent leur qualité de meubles. Cpr. art. 534, al. 2.

Le sens et la portée des expressions *meuble*, *meubles meublants*, *biens meubles*, *mobilier*, *effets mobiliers*, n'étant pas nettement déterminé par l'usage, et ayant donné lieu à de nombreuses contestations, les rédacteurs du Code ont cru devoir fixer la signification de ces diverses locutions par les art. 533, 534 et 535, dans l'espoir de couper court ainsi à toutes ultérieures difficultés; mais cet essai n'a point été heureux, et ne pouvait guère l'être, puisque de pareilles contestations ne sont pas susceptibles d'être décidées *a priori* au moyen de définitions légales.

En effet, quand il s'agit de l'exécution d'une convention ou d'une disposition, l'interprétation à donner aux termes dont les parties ou le disposant se sont servis, présente principalement une question de fait et d'intention, qui ne peut se résoudre que par l'ensemble des énonciations des actes et par les circonstances particulières de chaque espèce. Aussi croyons-nous que le juge pour-

[77] *Quæ parata sunt, ut imponantur, non sunt ædificii.* L. 17, § 10, D. *de act. empt. vend.* (19, 1). Cpr. texte et note 19 *supra.*

[78] Troplong, *Du contrat de mariage*, I, 414. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, I, 365. Demolombe, IX, 403. Civ. cass., 8 fructidor an III, Sir., 1, 1, 79. Civ. cass., 9 messidor an XI, Sir., 4, 1, 29.

[79] Cpr. texte et note 15 *supra.* Ce que nous disons des orangers et autres arbustes ne paraît susceptible d'aucune difficulté, quand la serre est établie sur un jardin d'agrément. Merlin, *Rép.*, v° Biens, § 1, n° 8. Taulier, II, p. 150. Demolombe, IX, 313 et 315. En serait-il autrement, s'il s'agissait d'une serre faisant partie d'un établissement industriel de pépiniériste ou d'horticulteur? Nous ne le pensons pas, car, dans ce cas même, on ne pourrait considérer les objets dont s'agit, ni comme affectés au service ou à l'exploitation du fonds, ni comme attachés au fonds à perpétuelle demeure.

rait, après avoir déterminé à l'aide de ces moyens d'investigation la véritable intention des parties ou du disposant, la faire prévaloir sur les définitions données par les art. 533, 534 et 535, dont le caractère après tout n'est que purement déclaratif[80].

D'un autre côté, quand il s'agit de l'interprétation d'un texte de loi, c'est avant tout d'après l'objet et l'esprit de la disposition légale à interpréter (*secundum subjectam materiam*), qu'il faut déterminer le véritable sens des termes employés par le législateur. Au surplus, nous ne croyons pas qu'il se soit jamais servi des termes *meubles meublants*, et nous ne connaissons même aucune disposition légale où le mot *meuble* se trouve employé dans le sens restreint de l'art. 533[81].

Les observations précédentes s'appliquent également à l'art. 536, dans lequel les rédacteurs du Code ont indiqué ce que comprend la vente ou le don d'une maison *avec tout ce qui s'y trouve*[82].

§ 165.

Continuation. — Extension aux objets incorporels, de la distinction des choses corporelles en meubles et en immeubles.

Les objets incorporels ne sont, de leur nature, ni meubles, ni immeubles. Cette distinction ne convient, à proprement parler, qu'aux choses corporelles, et c'est à elles seules que le Droit romain l'applique[1]. Le Droit français, au contraire, l'étend aux objets incorporels, et notamment aux droits et actions, qu'il déclare meubles ou immeubles, suivant la nature mobilière ou immobilière des objets auxquels ils s'appliquent. Art. 526.

[80] Cpr. Demolombe, IX, 442 et suiv.; Dalloz, *Rép.*, v° Biens, n° 216; Duranton, IV, 166 et suiv.; Rouen, 27 mai 1806, Sir., 6, 2, 129; Paris, 6 janvier 1807, Sir., 7, 2, 1052; Poitiers, 21 juin 1825, Sir., 25, 2, 409; Bordeaux, 6 août 1834, Sir., 35, 2, 61; Req. rej., 3 mars 1836, Sir., 36, 1, 760; Aix, 8 juin 1838, et Req. rej., 24 juin 1840, Sir., 40, 1, 899.

[81] Cpr. art. 452, 453, 805, 825, 2101, 2102, 2119 et 2279. Demolombe, IX, 444.

[82] Cpr. Duranton, IV, 181; Taulier, II, p. 178; Marcadé, sur l'art. 536; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 50; Demolombe, IX, 451 à 452; Bordeaux, 9 mars 1830, Sir., 30, 2, 148; Civ. rej., 28 février 1832, Sir., 32, 2, 246; Caen, 3 décembre 1851, Sir., 52, 2, 248.

[1] Cpr. L. 7, § 4, D. *de peculio* (15, 1); L. 15, § 2, D. *de re judicata* (42, 1).

1° *Des immeubles incorporels.*

Les immeubles incorporels sont :

a. Le droit de propriété [2], et les autres droits réels portant sur des immeubles, c'est-à-dire, non-seulement l'usufruit des choses immobilières et les services fonciers, mais encore les droits d'usage et d'habitation [3], ainsi que le droit d'hypothèque, en tant du moins qu'on le considère dans sa nature propre, dans sa constitution, dans les effets qu'il produit, et dans ses modes particuliers d'extinction [4].

[2] Si l'art. 526 ne comprend pas la propriété immobilière au nombre des immeubles incorporels, c'est sans doute parce que ce droit est en quelque sorte représenté par l'immeuble même sur lequel il porte. Cpr. § 162, note 2. Demolombe, IX, 334.

[3] Ces derniers droits que l'art. 543 comprend, avec l'usufruit, sous l'expression *droits de jouissance*, sont évidemment de même nature que ce dernier ; et si l'art. 526 n'en fait pas spécialement mention, la raison en est probablement que les droits d'usage et d'habitation ne sont susceptibles ni de cession, ni d'hypothèque, ni de saisie. Pothier, *De la communauté*, n° 68. Duranton, IV, 72 et 80. Demolombe, IX, 335.

[4] Suivant l'opinion la plus généralement adoptée, l'hypothèque ne constituerait qu'un droit mobilier, parce qu'elle ne forme, dit-on, qu'un accessoire de la créance dont elle a pour objet d'assurer le recouvrement, et qu'ainsi sa nature se détermine par celle de cette créance; d'où il suivrait que, si cette dernière, comme c'est l'ordinaire, est mobilière, l'hypothèque elle-même doit être mobilière, d'autant plus que, par son résultat final, elle ne tend qu'à l'obtention d'une somme d'argent. Voy. en ce sens : Delvincourt, III ; p. 293 ; Demante, *Progr.* I, 525 ; Duranton, XIX, 241; Troplong, *Du louage*, I, 17 ; Marcadé, sur l'art. 526, n° 4 ; Demolombe, IX, 471 et 472. Pour défendre la solution donnée au texte, nous n'irons pas jusqu'à dire, avec MM. Valette (*Des hypothèques*, I, 124) et Pont (*Des hypothèques*, I, 327 et suiv.), que l'hypothèque est un démembrement de la propriété. En effet, tout en restreignant, dans une certaine mesure, l'exercice des facultés inhérentes à la propriété, l'hypothèque n'investit cependant le créancier hypothécaire d'aucune partie des droits du propriétaire ; elle ne constitue donc qu'un droit réel *sui generis*. Mais, par cela même qu'elle constitue un droit réel, ce qui a toujours été reconnu et ce que Marcadé seul (sur l'art. 526, n° 4) a vainement essayé de contester, on doit en conclure qu'elle est en elle-même de nature immobilière, puisqu'elle a un immeuble pour objet immédiat. En objectant à cette conclusion que le droit hypothécaire ne tend, en dernière analyse, qu'à faire obtenir au créancier une somme d'argent, on confond l'objet même auquel ce droit s'applique, avec le résultat de son exercice. Dira-t-on que le droit d'usufruit portant sur un immeuble est un droit mobilier, parce qu'il se résout en une perception de fruits ? Quant à l'argument tiré de ce que l'hypothèque n'étant qu'un accessoire, sa nature doit se déterminer par celle de la créance qu'elle est destinée à garantir, il n'est au

b. Les actions qui, fondées sur un droit réel immobilier, ont simplement pour objet la reconnaissance et l'exercice de ce droit, ainsi que celles qui, quel qu'en soit le fondement, tendent, soit à obtenir l'attribution ou la constitution d'un droit réel immobilier dont on n'est point encore investi, soit à récupérer un pareil droit qu'on avait précédemment aliéné [5].

Ainsi sont immobilières : d'une part, l'action en revendication d'un immeuble [6], les actions confessoires et l'action négatoire de

fond qu'une pétition de principe, et repose en tout cas sur une application exagérée de la maxime *Accessorium sequitur principale suum*. Il résulte bien de cette maxime que l'hypothèque suit la créance, en quelque main qu'elle passe, et s'éteint avec elle ; mais on ne saurait en inférer que, si la créance est mobilière, le droit hypothécaire revêt le même caractère, pas plus qu'on ne pourrait considérer comme immobilier, le gage mobilier donné pour sûreté d'une créance immobilière. Ce qui prouve, d'ailleurs, que c'est à tort, qu'à tous égards et d'une manière absolue, on ne veut voir dans l'hypothèque qu'un accessoire de la créance, c'est que, d'une part, la capacité de s'engager n'emporte pas toujours celle de conférer une hypothèque pour la sûreté d'un engagement même valablement contracté, et que, d'autre part, l'immeuble hypothéqué peut, lorsqu'il a passé entre les mains d'un tiers détenteur, être affranchi de la charge dont il est grevé, soit par la purge, soit par la prescription, bien que la créance elle-même continue de subsister. Pothier, *De la communauté*, n° 76 ; *De l'hypothèque*, chap. I, sect. II, § 1. Pont, *op. et loc. citt.* Nous terminerons en faisant remarquer que la question n'est pas de pure théorie, et qu'elle présente un véritable intérêt pratique, notamment en ce qui concerne la capacité personnelle requise pour renoncer à l'hypothèque, capacité qui doit se déterminer, à notre avis, par les règles relatives à l'aliénation des immeubles, et non par celles qui régissent l'aliénation des meubles. Voy. en ce sens : Req. rej., 2 mars 1840, Sir., 40, 1, 564 ; Civ. cass., 18 juillet 1843, Sir., 43, 1, 778.

[5] L'art. 526 range parmi les choses immobilières, non pas seulement les actions *par lesquelles on revendique* un immeuble, mais toutes celles *qui tendent à revendiquer* un immeuble, et ce, sans exiger qu'elles soient fondées sur un droit réel préexistant. Une action fondée sur un droit personnel peut donc être immobilière. Toutefois, il n'en est ainsi que dans le cas où cette action tend à faire reconnaître un droit de propriété, ou tout autre droit réel immobilier. Telle est l'idée que le législateur paraît avoir voulu exprimer, en se servant du terme *revendiquer*, qui ne doit pas être entendu ici dans l'acception stricte, suivant laquelle il désigne exclusivement les actions réelles. Demolombe, IX, 345. Tel est aussi le sens de la maxime : *Actio quæ tendit ad immobile, immobilis est.* Pothier, *Des choses*, part. II, § 11.

[6] L'action en revendication conserve son caractère immobilier, alors même que le tiers détenteur, ayant prescrit la propriété de l'immeuble revendiqué, elle se convertirait en dommages-intérêts contre l'usurpateur qui le lui a vendu. Demolombe, IX, 366 à 368. Caen, 13 mai 1829, Dalloz, 1829, 2, 250. Cpr. Req. rej., 26 juin 1832, Dalloz, 1832, 1, 262.

servitudes, comme aussi l'action en réduction de donations immobilières excédant la quotité disponible, et l'action hypothécaire aux fins de surenchère[7]; d'autre part, l'action en délivrance formée par l'acquéreur d'un immeuble non encore déterminé dans son individualité[8], les actions en nullité ou en rescision de contrats translatifs de propriété immobilière[9], enfin l'action en révocation de donation, l'action en réméré[10], et l'action en résolution de vente pour défaut de paiement du prix[11], en tant que ces diverses actions ont un immeuble pour objet.

[7] Civ. reg., 16 décembre 1840, Sir., 41, 1, 11.

[8] Chavot, *De la propriété mobilière*, I, 52. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 28. Demolombe, *loc. cit.*

[9] La Cour de cassation a jugé que l'action en rescission d'une vente immobilière pour cause de lésion de plus des sept douzièmes, est mobilière, comme ayant pour objet principal et direct le supplément du juste prix de l'immeuble. Civ. rej., 23 prairial an XII, Sir., 4, 1, 369. Req. rej., 14 mai 1806, Sir., 6, 1, 331. Cette doctrine nous paraît erronée, puisque le demandeur en rescission ne peut réclamer que la restitution de l'immeuble, et que si le défendeur est autorisé à se rédimer de la demande, en offrant le supplément du juste prix, cette faculté ne peut changer la nature de l'action, qui se détermine toujours par celle de la chose qui en forme l'objet immédiat. Les mêmes raisons nous portent également à rejeter l'opinion de M. Taulier, qui enseigne (II, p. 155 et 156) que l'action en rescission pour cause de lésion de plus des sept douzièmes sera mobilière ou immobilière, suivant le parti que prendra l'acquéreur, de compléter le juste prix, ou de restituer l'immeuble. Pothier, *De la vente*, nº 331. Merlin, *Quest.*, vº Rescision, § 4. Grenier, *Des donations*, I, 164. Magnin, *Des minorités*, I, 698. De Freminville, *De la minorité*, I, 337. Duranton, IV, 97; XXI, 7. Demolombe, IX, 357. Bourges, 25 janvier 1832, Sir., 32, 2, 556.

[10] Proudhon, *Du domaine privé*, I, 180. Demolombe, IX, 352. Paris, 6 ventôse an XII, Sir., 7, 2, 1259. Cpr. cep. Civ. rej., 25 décembre 1826, Sir., 27, 1, 308.

[11] Voy. cependant en sens contraire : Proudhon, *op. cit.*, I, 196; Taulier, II, p. 156; Demolombe, IX, 354 et 355. Ces auteurs se fondent sur cette idée que le prix de vente forme l'objet direct et principal du droit du vendeur, et que la faculté qu'il a de demander, en cas de non-paiement du prix, la résolution de la vente et le délaissement de l'immeuble vendu, n'est qu'un accessoire de sa créance. Nous reconnaissons bien l'exactitude de cette dernière proposition, en ce sens que le droit de demander la résolution se transmet avec la créance du prix, et en suit le sort. Mais il n'en résulte nullement, à notre avis, que l'action en résolution, à laquelle le défaut du paiement du prix au terme fixé donnera ouverture, soit en elle-même une action mobilière. En pareil cas, le vendeur jouit de deux actions également principales et complétement distinctes, l'une tendant au paiement du prix, l'autre à la reprise de l'immeuble. En optant pour cette dernière, il renonce conditionnellement à la créance du prix, dont l'extinction définitive sera la conséquence nécessaire du jugement qui admettra sa demande; et il y a contradiction à dire que, tout en provoquant la résolution, il demande toujours

c. Les rentes et actions financières dont la loi permet l'immobilisation, et qui de fait ont été immobilisées. Telles sont les rentes sur l'État comprises dans la constitution d'un majorat, et les actions de la banque de France[12]. Telles étaient les actions des canaux d'Orléans et de Loing[13], dont le rachat pour cause d'utilité publique a été autorisé par la loi du 1er avril 1860.

d. La redevance due par le concessionnaire d'une mine au propriétaire du sol, tant qu'elle reste entre ses mains comme accessoire de son droit de propriété[14].

2° *Des meubles incorporels.*

Tous les droits et actions relatifs aux biens, qui ne rentrent pas dans l'une des catégories d'immeubles incorporels précédemment établies, sont mobiliers. Les meubles incorporels comprennent donc :

a. Les droits réels de propriété et d'usufruit portant sur des objets mobiliers.

b. Les créances ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent ou de toute autre chose mobilière, même celles dont le capital est inexigible, c'est-à-dire les rentes viagères ou perpétuelles dues par l'État ou par des particuliers[15]. Art. 529. Il en est ainsi,

le paiement de son prix. Son action, fondée sur l'événement d'une condition résolutoire (art. 1184 et 1654), et tendant à recouvrer la propriété de l'immeuble vendu, ne peut être qu'une action immobilière, comme l'action en révocation de la donation d'un immeuble pour cause d'inexécution des charges, qui, de l'aveu même de M. Demolombe (IX, 252), est une action immobilière.

[12] Décrets du 6 janvier 1808, art. 7, du 1er mars 1808, art. 2 et 3, et du 3 mars 1810, art. 34 et 35. Cpr. § 258 et § 581, note 10. Voy. cependant § 178, texte et note 6. — Cpr. aussi, sur la manière de mobiliser les actions immobilisées de la banque de France, Loi du 17 mai 1834, art. 5.

[13] Décret du 16 mars 1810, art. 13.

[14] Loi du 21 avril 1810, art. 6 et 18. — Lorsque, par vente ou autrement, la redevance est séparée de la propriété du fonds, elle ne constitue plus qu'une rente mobilière. Civ. cass., 13 novembre 1848, Sir., 48, 1, 682. Civ. rej., 14 juillet 1850, Sir., 51, 1, 63 Voy. en sens contraire : Ballot, *Revue de Droit français et étranger*, 1847, IV, p. 417 ; Demolombe, IX, 649.

[15] Les rentes foncières (*census reservativi*) étaient autrefois considérées comme immobilières. La plupart des coutumes attribuaient même ce caractère aux rentes constituées (*census constitutivi*). La loi des 18-29 décembre 1790, tout en déclarant les rentes foncières rachetables, leur conserva cependant le caractère immobilier. Tit. V, art. 3. Mais elles furent, ainsi que les rentes constituées, virtuellement mobilisées par les art. 6 et 7 de la loi du 11 brumaire an VII. Voy. aussi loi du 22 frimaire an VII, art. 27. L'art. 529 n'a fait que consacrer à cet

bien que ces créances ou rentes se trouvent garanties par un privilége immobilier ou par une hypothèque [16].

c. Les droits correspondant à des obligations de faire ou de ne pas faire, et notamment le droit résultant pour le propriétaire d'un fonds, de l'obligation d'y élever des constructions, contractée à son profit par un tiers [17].

d. Les droits personnels de jouissance, même portant sur des immeubles, tels que celui du fermier ou locataire [18].

e. Les actions ou intérêts [19] dans les sociétés de commerce [20] pro-

égard le changement législatif opéré par ces lois. Troplong, *Des hypothèques*, II, 408. Demolombe, IX, 423 et 424. Civ. cass., 3 août 1807, Sir., 7, 1, 496. Civ. cass., 29 janvier 1813, Sir., 13, 1, 382. Civ. cass., 8 novembre 1824, Sir., 25, 1, 1. Orléans, 5 mars 1830, Sir., 30, 1, 339 à la note. Civ. cass., 28 février 1832, Sir., 32, 1, 369. Req. rej., 2 juillet 1833, Sir., 33, 2, 546. Req. rej., 17 janvier 1843, Sir., 43, 1, 257. Civ. cass., 27 décembre 1848, Sir., 49, 1, 151. Req. rej., 20 août 1849, Sir., 49, 1, 743. Req. rej., 4 décembre 1849, Sir., 50, 1, 41. Cpr. Chamb. réun. cass., 27 novembre 1835, Sir., 35, 1, 900. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Rentes foncières, § 4, art. 4 ; Proudhon, *op. cit.*, I, 244.

[16] Pothier, *Des choses*, part. II, § 2 ; *De la communauté*, n° 76. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, I, 327. Demolombe, IX, 408. Cpr. § 508, texte et note 6.

[17] La loi n'a pas spécialement déterminé la nature, mobilière ou immobilière, des créances correspondant à des obligations de faire ou de ne pas faire. Mais il est impossible de considérer comme immobilier, le fait affirmatif ou négatif qui forme la matière d'une pareille obligation, et dès lors on est forcément amené à ranger la créance qui y est corrélative dans la catégorie des meubles. En vain, dit-on, en ce qui concerne en particulier l'obligation de construire une maison, que la créance du propriétaire du fonds sur lequel elle doit être élevée, est immobilière, par cela même qu'elle a pour objet de lui procurer un immeuble. Cette argumentation ne repose que sur une confusion évidente entre le résultat de l'obligation accomplie, et le fait de la construction qui forme seul la matière de la prestation. Toulier, III. Troplong, *Du contrat de mariage*, I, 401. Chavot, *De la propriété mobilière*, I, 43 à 45. Demolombe, IX, 372 à 376. Voy. en sens contraire : Proudhon, *op. cit.*, I, 186 et suiv. ; Taulier, II, p. 156 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 31 ; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, I, 336.

[18] Le droit du fermier ou du locataire n'est, en effet, qu'un droit personnel. Cpr. § 305, texte *in fine* et note 2 ; § 507, texte n° 1 et note 5. Toullier, XII, 106. Duranton, XIV, 126. Rodière et Pont, *op. cit.*, I, 337. Demolombe, IX, 406.

[19] On entend par *action, hoc sensu*, la part d'un associé dans une société anonyme, ou dans une société en commandite par actions. Le mot *intérêt*, qui, dans son acception étendue, s'applique à la part d'un associé dans une société quelconque, désigne plus spécialement, et surtout quand il est employé par opposition au terme *action*, le droit de l'associé dans une société en nom collectif, ou du commanditaire dans une société en commandite non divisée par actions.

[20] Cpr. Code de commerce, art. 19. — L'art. 529 ne parlant expressément que

prement dites [21], ainsi que dans celles qui, quoique ayant pour objet des opérations civiles, sont organisées et fonctionnent sous une forme commerciale, et constituent des personnes morales [22]. Il en est ainsi, alors même que des immeubles se trouvent compris dans l'actif social. Ces immeubles conservent, il est vrai, le caractère immobilier relativement à l'être moral de la société et de ses créanciers. Mais le droit éventuel de chaque actionnaire ou associé sur ces immeubles n'en constitue pas moins, tant que dure la société, un droit mobilier. Art. 529. Il en résulte, entre autres, que ce droit tombe dans la communauté légale [23], qu'il n'est pas susceptible d'être hypothéqué [24] et que la cession n'en est passible que du droit de vente mobilière [25].

f. Les offices, ou pour parler plus exactement, la valeur pécuniaire du droit qui appartient aux officiers ministériels dénommés dans l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, de présenter un succes-

des actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce, ou d'industrie, Toullier (XII, 96) en conclut que la disposition de cet article ne s'applique qu'aux compagnies proprement dites, et ne concerne pas les sociétés commerciales ordinaires. Nous ne saurions partager cette opinion. Les mots *sociétés* et *compagnies* ne sont pas, il est vrai, absolument synonymes, l'usage ayant réservé le nom de compagnies aux associations dont les membres sont nombreux et les entreprises d'une extension peu commune. Mais au point de vue de la question qui nous occupe, cette différence ne doit pas être prise en considération. L'art. 529 est, en effet, fondé sur cette idée que, les sociétés de commerce formant des personnes morales sur la tête desquelles réside la propriété du fonds social, les associés n'ont, tant que dure la société, qu'un droit éventuel de copropriété sur les objets qui, au moment de sa dissolution, feront encore partie de ce fonds. Or ce caractère est commun à toutes les sociétés commerciales, quelle qu'en soit l'importance. Cpr. § 54, texte et note 13. Marcadé, sur l'art. 529, n° 2. Demolombe, IX, 415.

[21] La disposition de l'art. 529 est étrangère aux associations commerciales en participation, qui ne constituent pas des personnes morales. Cpr. Code de commerce, art. 47; § 54, texte et note 19. Demolombe, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, IV, 3687.

[22] Art. 8, al. 5, et art. 32 de la loi du 21 avril 1810 sur les mines, et arg. de ces art. Cpr. § 54, texte, notes 12, 14 et 15; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 35; Demolombe, *loc. cit.*; Civ. rej., 7 avril 1824, Sir., 25, 1, 7.

[23] Cpr. § 507, texte n° 1 et note 11. Demolombe, IX, 418.

[24] Grenier, *Des hypothèques,* I, 343. Duranton, IV, 120. Chavot, *op. cit.*, I, 60. Demolombe, IX, 419. — Mais par la dissolution de la société, chaque associé devient copropriétaire actuel des immeubles sociaux, et peut par suite hypothéquer sa part indivise. Civ. rej., 3 février 1847, Sir, 48, 1, 43.

[25] Civ. rej., 7 avril 1824, Sir., 25, 1, 7. Req. rej., 14 avril 1824, Sir., 25, 1, 18.

seur, et de stipuler un prix de cession pour la transmission de l'office [26].

g. Les droits de propriété littéraire ou artistique, et ceux qui se trouvent attachés aux brevets d'invention et aux marques de fabrique [27].

h. Toutes les actions qui ont pour objet l'exercice ou la réalisation d'un droit mobilier, alors même qu'elles tendraient à la délivrance d'un immeuble, réclamée en vertu d'un droit simplement personnel de jouissance [28].

Les actions qui auraient en même temps pour objet des meubles et des immeubles, seraient en partie mobilières, et en partie immobilières. Telle est l'action en délivrance d'une maison vendue avec les meubles qui s'y trouvent.

Lorsque, de deux choses dues sous une alternative, l'une est mobilière, et l'autre immobilière, le caractère du droit et de l'action reste en suspens jusqu'au paiement, et c'est d'après la nature de l'objet au moyen duquel il s'effectue, que se règle rétroactivement ce caractère [29]. Pour déterminer, au contraire, le caractère mobi-

[26] L'ancien Droit avait consacré la vénalité des offices de judicature et de plusieurs autres charges, en leur attribuant même le caractère d'immeubles. Coutume de Paris, art. 95. Le droit intermédiaire proscrivit d'une manière absolue toute vénalité de charges ou d'offices. Loi des 4 août-3 novembre 1789, art. 7. Préambule de la constitution des 3-14 septembre 1791. Sans rétablir, à proprement parler, la vénalité des offices, et sans reconnaître à leurs titulaires un véritable droit de propriété, l'art. 91 de la loi des finances du 28 avril 1816 conféra cependant aux avocats de la Cour de cassation, aux notaires, aux avoués, aux greffiers, aux huissiers, aux agents de change, aux courtiers et aux commissaires-priseurs, le droit de présenter un successeur à l'agrément du gouvernement, et autorisa ainsi implicitement ces officiers ministériels à stipuler un prix pour la cession ou la transmission de leurs charges. Ce droit de présentation, dont la valeur pécuniaire se trouve seule dans le patrimoine du titulaire de l'office, ne constitue évidemment qu'un droit mobilier. Aussi les art. 6 et suiv. de la loi du 25 juin 1841 (Budget des recettes) n'ont-ils soumis les transmissions d'offices qu'aux droits d'enregistrement établis pour les valeurs mobilières. Dard, *Des offices*, p. 260. Demolombe, IX, 437 et 438. Voy. aussi les autorités citées à la note 9 du § 507, et aux notes 6 et 7 du § 522.

[27] Demolombe, *loc. cit.* Taulier, V, p. 46. Voy. aussi les autorités citées à la note 8 du § 507.

[28] Cpr. texte, n° 1, et notes 5 et 18 *supra*.

[29] Cpr. § 300, texte et note 7. Pothier, *De la communauté*, n° 74. Demolombe, IX, 350. — *Quid* de l'action en reprise pour récompenses ou indemnités dues à l'un ou à l'autre des époux? Cette action est essentiellement mobilière, et conserve ce caractère, alors même que l'époux est rempli de sa créance par un prélèvement

lier ou immobilier d'une obligation facultative, on doit avoir uniquement égard à la nature de la prestation principale qui en forme la matière [30].

Les droits et actions ayant pour objet des universalités juridiques, même exclusivement composées de biens mobiliers, sont assimilés à des droits ou actions immobiliers, en ce qui concerne la capacité requise pour les exercer [31].

Quant aux droits et actions relatifs à l'état des personnes, ils restent, d'après leur nature, en dehors de la distinction des biens en meubles et immeubles, et se trouvent régis par des dispositions spéciales [32].

§ 166.

2. *Des choses qui se consomment, et de celles qui ne se consomment pas par l'usage; et accessoirement des choses fongibles, et de celles qui ne le sont pas.*

Les choses qui se consomment par l'usage sont celles que l'on ne peut employer à l'usage auquel elles sont naturellement destinées, sans les détruire matériellement (*consommation naturelle*), ou sans les faire sortir du patrimoine de celui auquel elles appartiennent (*consommation civile*). Les choses qui ne se consomment pas par l'usage sont celles qui, quoique de nature à se détériorer au bout d'un laps de temps plus ou moins long, ne cessent pas d'exister par le premier usage qu'on en fait.

Les choses qui se consomment par l'usage ne peuvent être l'objet d'un usufruit proprement dit; elles ne sont susceptibles que d'un quasi-usufruit. Art. 587.

Les choses sont fongibles [1] ou non fongibles, suivant qu'elles sont ou non susceptibles d'être remplacées, dans la restitution qui doit en être faite, par d'autres choses de même espèce et qualité,

Cette distinction ne repose pas, comme la précédente, sur un caractère absolu résultant des propriétés naturelles et constitutives

en immeubles. Voy. § 511, texte nº 1 et note 25. Aux autorités citées en ce sens, dans cette note, ajoutez encore : Angers, 25 avril 1860, Sir., 60, 2, 292 ; Caen, 27 juin et 19 juillet 1861, Sir., 62, 2, 68 et 70.

[30] Cpr. § 300, texte et note 6. Demolombe, IX, 351.

[31] Arg. art. 465, cbn. 464, 817 et 818. Cpr. § 114, texte et note 5 ; § 133, texte nº 3 et note 14 ; § 621, texte et notes 16 à 19.

[32] Demolombe, IX, 377.

[1] Les choses fongibles sont ainsi appelées, parce qu'elles sé remplacent les unes par les autres. *Res, quarum una alterius vice fungitur.*

des choses, mais sur une qualité accidentelle et relative, qu'elles revêtent seulement en tant qu'on les envisage comme formant l'objet d'une obligation de restitution.

En matière d'usufruit, la loi imprime directement le caractère de fongibilité aux choses dont on ne peut faire usage sans les consommer. Art. 587.

Dans les conventions ou dispositions de l'homme, les choses qui se consomment par l'usage sont ordinairement livrées à la condition que celui qui les reçoit pourra se libérer en restituant d'autres choses de même espèce et qualité, tandis que les choses qui ne se consomment pas par l'usage ne le sont communément que sous la condition de restitution dans leur identique individualité. Il suit de là que les premières doivent être réputées fongibles, et les secondes non fongibles, à moins que le contraire ne résulte de la volonté expresse ou tacite des parties. Ces observations expliquent comment on est arrivé à confondre les deux distinctions précédentes [2]. La confusion, du reste, est évidente: car une chose peut être fongible sans se consommer par l'usage [3], et réciproquement, les choses qui se consomment par l'usage ne sont pas toujours et nécessairement fongibles [4].

Les choses fongibles peuvent seules devenir l'objet d'une compensation. Art. 1291.

§ 167.

3. *Des choses divisibles et des choses indivisibles.* 4. *Des choses principales et des choses accessoires.*

1° Les choses sont divisibles ou indivisibles, suivant qu'elles sont ou non susceptibles de division, soit matérielle, soit même simplement intellectuelle.

Les choses corporelles, considérées en elles-mêmes, sont toutes divisibles, puisque celles même qui ne sont pas susceptibles de se

[2] Cpr. Pothier, *Des obligations*, n° 624. Toullier, VI, 143. — De là, la définition vicieuse que l'art. 1892 donne du prêt de consommation.

[3] Ainsi, un libraire qui, pour satisfaire une de ses pratiques, emprunte à l'un de ses confrères un livre qu'il ne possède pas actuellement dans son magasin, n'est pas tenu de rendre identiquement l'exemplaire qu'il a emprunté. La convention intervenue entre les parties est évidemment, d'après leur position respective, un prêt de consommation, et non un prêt à usage.

[4] Cette hypothèse, moins fréquente que la précédente, peut cependant se rencontrer. Ainsi, celui qui emprunte, non pour les consommer, mais pour servir de jetons, vingt pièces d'or, auxquelles le prêteur attache un prix d'affection, sera tenu de restituer les pièces mêmes qu'il a reçues. Voy. asusi art. 1932.

diviser en parties matérielles, sont toujours intellectuellement divisibles en parties aliquotes.

Le caractère d'indivisibilité ne peut donc appartenir qu'à des objets incorporels; et les seuls objets de cette nature qui soient à considérer comme indivisibles, sont les obligations indivisibles, les servitudes réelles, les hypothèques, et la propriété du patrimoine.

La théorie des obligations indivisibles et celle de l'indivisibilité du patrimoine seront exposées aux §§ 301 et 575.

Les servitudes réelles présentent un caractère d'indivisibilité absolue, puisqu'on ne peut en comprendre la division même en quotes parts idéales[1]. Art. 709 et 710. Quant à l'hypothèque, elle est indivisible en ce sens, que la totalité de l'immeuble grevé garantit chaque partie de la créance, et que la totalité de la créance se trouve garantie par chaque partie de cet immeuble. Art. 2114.

2° La distinction des choses en principales et accessoires, est fondée sur la relation intime qui peut exister entre deux choses, corporelles ou incorporelles, dont l'une est destinée à suivre le sort de l'autre. *Accessorium sequitur principale.*

Une relation de cette nature existe :

a. Entre un immeuble et les accessoires qui en dépendent. Voy. § 164.

b. Entre deux choses appartenant à des propriétaires différents, dont l'une a été unie ou incorporée à l'autre. Voy. art. 551 à 577.

c. Entre deux choses dont l'une est censée comprise dans la donation, le legs, la vente, ou la cession de l'autre, d'après l'intention présumée du donateur, du testateur, ou des parties contractantes. Voy. art. 696, 1018, 1019, 1615 et 1692.

B. *De la distinction des choses relativement au droit de propriété.*

§ 168.

1. *Des choses qui sont ou non susceptibles de propriété. — Res communes. — Res nullius. — Res derelictæ.*

Les choses qui, destinées à l'usage commun de tous les hommes, ne sont pas susceptibles de possession exclusive, ne peuvent, par cela même, former l'objet du droit de propriété.

[1] Ce caractère n'appartient, ni au droit de propriété sur des objets particuliers, ni aux servitudes personnelles ; aussi, à la différence des servitudes réelles, ces droits peuvent-ils s'acquérir ou se perdre pour partie, et l'on ne doit pas leur appliquer par analogie les dispositions des art. 709 et 710. Demolombe, X, 221 *bis*. Cpr. Duranton, IV, 468.

Ces choses, que le droit romain appelait *res omnium communes*, sont l'air, la lumière, la haute mer, et l'eau courante comme telle, c'est-à-dire en tant qu'on l'envisage dans son état de mobilité continue et de renouvellement incessant.

Quoique non susceptibles de propriété, les choses de cette nature n'en tombent pas moins sous l'empire du Droit, pour le règlement de leur usage, qui n'est pas, d'une manière absolue, abandonné à la discrétion de tous. Art. 714.

Les choses susceptibles de propriété n'ont pas toutes, par cela même, un propriétaire. Cette observation s'applique, d'une part, aux choses connues en Droit romain sous les dénominations de *res nullius*, et de *res derelictæ*. Elle s'applique, d'autre part, aux choses formant des dépendances du domaine public, en ce sens du moins que ces choses demeurent exclues de tout patrimoine, tant que dure la destination à laquelle elles sont affectées.

Les choses qu'on désignait en Droit romain sous l'expression de *res nullius*, *vel nullius in bonis*, sont celles qui, ne pouvant entrer dans le patrimoine d'une personne déterminée que par un fait d'appréhension ou d'occupation, restent jusque-là sans propriétaire[1]. Tels sont, entre autres : les animaux sauvages dans leur état de liberté naturelle ; les poissons de la mer et des eaux courantes; les coquillages et pierres précieuses qui se trouvent dans la mer ou sur ses bords; l'ambre et le corail qui se trouvent au fond de la mer ou sur ses flots; le varech ou goëmon poussant en mer ou jeté sur la grève; et les eaux pluviales tombant sur une voie publique.

Sous l'expression de *res derelictæ*, nous comprenons, comme on le faisait en Droit romain, les choses volontairement abandonnées par leur propriétaire, avec l'intention de les laisser avenir au premier occupant[2]. Tels sont les menus objets ou les pièces de mon-

[1] D'après Zachariæ (§ 174, texte et note 1re), le Droit français actuel ne reconnaîtrait plus de *res nullius*, puisque, suivant les art. 539 et 713, les biens qui n'ont pas d'autre maître, appartiennent à l'État. Mais cette opinion ne repose que sur une interprétation exagérée des articles précités, dont les dispositions ne peuvent en effet s'appliquer qu'aux choses non susceptibles de s'acquérir par l'occupation, qui, d'après Zachariæ lui-même (§ 200), constitue encore aujourd'hui un moyen d'acquérir. Demolombe, IX, 461.

[2] L'abandon dont il est ici question (*derelictio*) ne consiste pas dans le simple fait négatif de celui qui cesse d'user d'une chose ou qui néglige de la réclamer. La *derelictio* est le fait positif du propriétaire qui se dessaisit de la possession de sa chose, avec l'intention de la laisser acquérir par le premier occupant. Cpr. L. 21, §§ 1 et 2, D. *de acq. vel. amitt. poss.* (41, 2), L. 1, D. *pro derel.* (41, 7).

naie jetés au public à l'occasion d'une fête officielle ou privée, et les choses délaissées sur la voie publique.

Au point de vue de l'occupation considérée comme mode d'acquérir, les *res derelictæ* peuvent être assimilées aux *res nullius*.

Du reste, il faut bien se garder de confondre les *res nullius* et les *res derelictæ*, soit avec les biens vacants et sans maître, dont les art. 539 et 713 attribuent la propriété à l'État, soit avec les épaves, et notamment avec les objets égarés dont le propriétaire n'est pas connu [3].

§ 169.

Continuation. — Des choses comprises dans le domaine public [1].

Le domaine public comprend, d'une part, les choses qui sont livrées à l'usage du public (*res quæ sunt in usu publico*), d'autre part, les choses qui, sans être abandonnées à l'usage du public, sont affectées directement et en elles-mêmes à un service d'utilité générale.

Le domaine public se divise en domaine public, national, départemental, ou communal, suivant que c'est à l'État, aux départements, ou aux communes qu'incombent la surveillance et l'entretien des choses qui en font partie, qu'appartient le droit de prélever les taxes et de percevoir les revenus auxquels elles peuvent donner lieu, et qu'elles doivent faire retour, à titre de propriété ordinaire, en cas de cessation de leur destination [2].

Le domaine public national comprend, entre autres, comme objets livrés à l'usage du public, les routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables avec bateaux, trains ou radeaux [3], les chemins de fer et les canaux de

[3] Voy. sur ce qu'on doit entendre par biens vacants et sans maître, § 170. Voy. sur les épaves, §§ 170 et 201.

[1] Cpr. sur cette matière : *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, par Proudhon, Dijon 1834, 5 vol. in-8°; *Traité du domaine*, par Gaudry, Paris 1861, 3 vol. in 8°; *Du domaine public dans ses différences avec le domaine privé*, par Perin, Paris 1862, 1 vol. in-8°; et les ouvrages de Droit administratif cités aux §§ 46 et 47.

[2] Tant que dure la destination à laquelle elles sont affectées, les choses faisant partie du domaine public ne forment pas l'objet d'un véritable droit de propriété, et ne sont à vrai dire dans le patrimoine de personne. Proudhon, *op. cit.*, I, 201 à 207.

[3] C'est à ces rivières seulement que s'applique la disposition de l'art. 538, qui

navigation[4], les rivages de la mer[5], les ports, les havres et les rades. Art. 538. Il comprend, au même titre, les bibliothèques et musées nationaux, avec les manuscrits, livres, médailles, estampes, tableaux, statues et autres objets mobiliers qui en font partie[6].

Le domaine public national comprend, d'un autre côté, comme objets directement affectés à un service d'utilité générale, les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses, les arsenaux, les casernes, les bâtiments nationaux, tels que les palais du Sénat, du Corps législatif et du Conseil d'État[7]. Art. 540.

Quoiqu'il résulte, par argument *a contrario*, de l'art. 538, que les rivières qui ne sont ni navigables ni flottables, ne font pas partie du domaine public, il ne faut pas en conclure qu'elles soient placées dans le domaine privé des riverains. Ces derniers n'ont sur ces rivières que les droits d'usage déterminés par l'art. 644, le droit de pêche, et un droit éventuel à la propriété des îles qui peuvent s'y former. Sauf ces avantages accordés aux riverains à titre privatif, les cours d'eau, même non navigables ni flottables, ne se trouvent dans le patrimoine de personne[8]. Et, à cet égard, il n'y

est étrangère aux rivières simplement flottables à bûches perdues. L'ancienne controverse qui s'était élevée à cet égard, a été résolue en ce sens par l'art. 1er de la loi du 15 avril 1829, sur la pêche fluviale. Proudhon, *op. cit.*, III, 857 à 860.

[4] Les chemins de fer et les canaux de navigation font partie du domaine public, alors même qu'ils ont été concédés à des compagnies. Loi sur la police des chemins de fer du 15 juillet 1845, art. 1er. Foucart, *Droit administratif*, II, 800. Civ. rej., 22 août 1837, Sir., 37, 1, 852. Décrets en Conseil d'État des 8 février et 22 mars 1851, Sir., 51, 2, 450 à 453. Civ. cass., 16 mai 1861, Sir., 61, 1, 888. Les canaux destinés, non à la navigation, mais à l'irrigation ou au roulement d'usines, ne font pas partie du domaine public, alors même qu'ils appartiennent à l'État. Civ. rej., 1er août 1855, Sir., 56, 1, 441. Cpr. aussi la note 5 du § 185.

[5] Les rivages de la mer s'étendent jusqu'au point où arrive ordinairement le plus grand flot. L. 96, D. *de V. S.* (50, 16). Ordonnance de la marine de 1681, liv. IV, tit. VII, art. 1er. Rapport et décret du 21 février 1852, sur la fixation des limites de l'inscription maritime, et sur le domaine public maritime. Douai, 10 janvier 1842, Sir., 42, 2, 299.

[6] Foucart, *op. cit.*, II, 802 et 803. Civ. rej., 10 août 1841, Sir., 41, 1, 742. Paris, 3 janvier 1846, Sir., 47, 2, 77.

[7] Foucart, *op. cit.*, II, 801.

[8] Une rivière, comme eau courante, n'est pas de sa nature susceptible de propriété privée; et comme il est impossible de concevoir une eau courante sans un lit dans lequel elle coule, et qui forme avec elle le corps de la rivière, le lit lui-même ne saurait être considéré comme étant la propriété des riverains. C'est à ce point de vue que se sont placés les rédacteurs de l'art. 103 de la loi

a aucune distinction à faire entre les rivières et les simples ruisseaux [9].

Le domaine public départemental se compose, entre autres, des routes départementales, des édifices et bâtiments départementaux, tels que les palais de justice, les prisons, les casernes de gendarmerie, les asiles d'aliénés et les dépôts de mendicité.

Le domaine public communal comprend notamment les rues autres que celles qui sont à la charge de l'État, les promenades, les cimetières, les chemins vicinaux [10], les fontaines publiques et

du 3 frimaire an VII, et de l'art. 563 du Code Napoléon. Quant à l'art. 561, ordinairement invoqué en sens contraire, l'induction qu'on en tire n'est nullement concluante, ainsi que nous le démontrerons au § 203. Merlin, *Rép.*, v° Rivière, § 2, n° 1. Proudhon, *op. cit.*, III, 930 et suiv. Foucart, *Revue de législation*, 1836, IV, p. 194, et *Droit administratif*, III, 1400. Rives, *De la propriété du cours et du lit des rivières non navigables ni flottables*, Paris 1843, broch. in-8°. Laferrière, *Revue critique*, 1853, III, p. 971. Demolombe, X, 128 à 141, et 143. Civ. cass., 10 juin 1846, Sir., 46, 1, 433. Metz, 27 mars 1860, Sir., 60, 2, 313. Req. rej., 6 mai 1861, Sir., 61, 1, 958. Voy. en sens contraire : Toullier, III, 144 ; Duranton, V, 208 ; Daviel, *Revue de législation*, 1835-1836, III, p. 418 ; Troplong, *De la prescription*, I, 145; Marcadé sur l'art. 561 ; Zachariæ, § 203, note 14 ; Championnière, *Revue de législation*, 1844, XXI, p. 5, et *De la propriété des eaux courantes*, Paris 1846, 1 vol. in-8°; Dorlencourt, *Revue pratique*, 1857, IV, p. 306 ; Demante, *Cours*, II, 374 *bis*, II. Voy. aussi Pardessus, *des servitudes*, I, 77.

[9] Les raisons données à la note précédente s'appliquent aux simples ruisseaux, tout aussi bien qu'aux petites rivières. La distinction qu'on a voulu établir entre ces deux espèces de cours d'eau, nous paraît également incompatible avec le chap. VI de l'instruction des 12-20 août 1790, qui charge les autorités administratives de diriger, autant que possible, *toutes les eaux* de leur territoire vers un but d'utilité générale, d'après les principes de l'irrigation, et avec l'art. 644, qui n'accorde aux riverains qu'un droit d'usage sur les eaux longeant et traversant leurs propriétés, sans faire à cet égard aucune distinction entre les petites rivières et les simples ruisseaux. L'application d'une pareille distinction ne pourrait d'ailleurs se faire que d'une manière très-arbitraire, et c'est là un motif de plus pour la rejeter. Foucart, *Droit administratif*, III, 1400, *in fine*. Daviel, *Des cours d'eau*, II, 536. Voy. en sens contraire : Laferrière, *op. et loc. citt.* ; Proudhon, *op. cit.*, IV, 1417 ; Demolombe, X, 142 ; Agen, 4 mars 1856, Sir., 56, 2, 136. Cpr. aussi Req. rej., 7 décembre 1842, Sir., 43, 1, 221.

[10] Il ne faut pas confondre avec les chemins vicinaux, classés comme tels, conformément à la loi du 21 mai 1836, les simples chemins ruraux. Ces derniers ne font pas partie du domaine public, alors même que la propriété en appartient à la commune, et qu'ils ont été classés par un arrêté préfectoral. Req. rej., 23 juillet 1839, Sir., 39, 1, 858. Req. rej., 10 août 1840, Sir., 40, 1, 846. Civ. cass., 13 novembre 1849, Sir., 49, 1, 758. Trib. des conflits, 27 mars 1851, Sir., 51, 2, 454. Crim. rej., 18 juin 1853, Sir., 54, 1, 72. Crim. rej., 7 juillet 1854, Sir., 54, 1, 749. Crim.

les eaux qui en découlent[11], les bâtiments destinés à un service communal, tels que les hôtels de ville, les églises[12], les édifices affectés à l'instruction publique, les bibliothèques et musées communaux avec les objets qui en dépendent, les halles, les abattoirs etc.

Les bâtiments directement affectés à un service hospitalier communal doivent également, quoique les hospices constituent des personnes morales distinctes des communes, être considérés comme dépendants du domaine public municipal[13].

§ 170.

Continuation. Des choses formant l'objet d'un droit de propriété proprement dit; et spécialement de celles qui se trouvent comprises dans le domaine privé de l'État, des départements et des communes.

Les choses susceptibles de propriété, et qui de fait sont entrées dans un patrimoine, appartiennent soit à l'État, soit à des départements[1], à des communes, ou à des établissements d'utilité publique, soit à des particuliers[2]. Art. 537.

rej., 5 janvier 1855, Sir., 55, 1, 145. Crim. rej., 21 août 1856, Sir., 57, 1, 311. Req. rej., 9 décembre 1857, Sir., 58, 1, 541. Voy. en sens contraire : Flandin, *Revue critique*, 1862, XX, p. 302.

[11] Troplong, *De la prescription*, I, 168. Civ. cass., 11 avril 1843, Sir., 43, 1, 798. Civ. cass., 20 août 1861, Sir., 62, 1, 65. Voy. cependant Req. rej., 9 janvier 1860, Sir., 62, 1, 166.

[12] Avis du Conseil d'État des 2—6 pluviôse an XIII. Foucart, *Droit administratif*, II, 801. Civ. rej., 1er décembre 1823, Sir., 24, 1, 161. — Les contreforts ou piliers extérieurs des églises font, comme les églises elles-mêmes, partie du domaine public. Paris, 18 février 1851, Sir., 51, 2, 81. Riom, 19 mai 1854, Sir., 54, 2, 589. Agen, 23 janvier 1860, Sir., 60, 2, 317. Mais il en est autrement des terrains situés entre ces contreforts. Gaudry, *Législation des cultes*, II, 724. Caen, 11 décembre 1848, Sir., 49, 2, 542. Civ. rej., 7 novembre 1860, Sir., 61, 1, 353.

[13] Foucart, *op. et loc. citt.*

[1] Le Code passe sous silence les biens départementaux, par la raison qu'à l'époque de sa promulgation les départements ne constituaient que des circonscriptions territoriales. Mais la qualité de personnes morales, qui leur avait déjà été implicitement reconnue par le décret du 9 avril 1811, leur fut définitivement attribuée par la loi du 10 mars 1838. Cpr. § 54, texte et note 2.

[2] Sous cette expression, il faut comprendre non-seulement les personnes physiques, mais aussi les personnes morales dont la capacité juridique n'a été sou-

L'ensemble des biens qui appartiennent à l'État à titre de propriété privée, constitue ce qu'on appelle le domaine de l'État.

Ce domaine comprend entre autres : les îles et îlots des fleuves et rivières navigables ou flottables avec bateaux, trains ou radeaux [3] ; les lais et relais de la mer, c'est-à-dire les terrains que la mer en se retirant laisse à découvert d'une manière permanente [4] ; les fortifications et remparts des ci-devant places de guerre [5] ; les forêts nationales; enfin les biens meubles ou immeubles que la loi attribue à l'État, soit comme biens vacants et sans maître, soit à titre d'épaves terrestres, fluviales, ou maritimes.

On entend par biens vacants et sans maître ceux dont les anciens propriétaires sont décédés ou ont disparu, et dont personne n'est plus admis à réclamer la propriété [6]. Tels sont notamment

mise à aucune restriction, par exemple les sociétés commerciales. Cpr. § 54, texte et note 20.

[3] Code Napoléon, art. 560. Loi sur la pêche fluviale du 15 avril 1829, art. 1. Cpr. § 169, texte et note 3.

[4] C'est à tort que l'art. 538 range les lais et relais de la mer parmi les dépendances du domaine public. Dans la réalité, ils font partie du domaine de l'État, et, à ce titre, ils sont aliénables et prescriptibles. Loi du 16 septembre 1807, art. 41. Garnier, *Régime des eaux*, I, 39. Proudhon, *Du domaine public*, III, 712. Foucart, *Droit administratif*, II, 798. Demolombe, IX, 458 *bis*, lettre *e*. Civ. cass., 3 novembre 1824, Sir., 25, 1, 62. Poitiers, 4 février 1842, Sir., 42, 2, 221. Req. rej., 15 novembre 1842, Sir., 43, 1, 72. Civ. rej., 2 janvier 1844, Sir., 44, 1, 331. Req. rej., 17 novembre 1852, Sir., 52, 1, 789. Civ. cass., 21 juin 1859, Sir., 59, 1, 744. Cpr. Req. rej., 11 août 1860, Sir., 60, 1, 523.

[5] La première partie de l'art. 541 semblerait indiquer, par sa corrélation avec l'art. 540, que les terrains, fortifications et remparts des places de guerre abandonnées forment, tout aussi bien que les terrains, fortifications et remparts des places de guerre conservées, des dépendances du domaine public. Mais ce serait là une grave erreur. Au surplus, l'inexactitude de rédaction que présente à cet égard la première partie de l'art. 541, a été rectifiée par sa disposition finale.

[6] Les termes *biens vacants et sans maître*, employés dans l'art. 539, emportent l'idée de choses qui avaient autrefois un maître, et ne comprennent par conséquent pas les *res nullius*, qui n'ont jamais appartenu à personne. D'un autre côté, les *res derelictæ* se distinguent également des biens vacants et sans maître par le caractère spécial de la *derelictio*, qui consiste dans un abandon fait avec l'intention de laisser avenir la chose abandonnée au premier occupant, de sorte que l'acquisition de la propriété s'opère en pareil cas par une espèce de transmission, en ce sens du moins que les effets de l'occupation remontent à l'instant même du délaissement. L. 9, § 7, D. *de acq. rer. dom.* (41, 1). Du reste, les expressions *biens qui n'ont pas de maître*, qu'on lit dans l'art. 713, ont été évidemment employées dans le même sens que celles de *biens vacants et sans maître.*

les biens dépendants de successions définitivement tombées en deshérence. Art. 539 et 713.

Les épaves terrestres attribuées à l'État par des lois spéciales sont, les choses déposées dans les greffes des tribunaux [7], dans les lazarets [8], ou dans les bureaux des douanes [9], les colis confiés à des entrepreneurs de roulage ou de messageries [10], enfin les sommes versées dans les caisses des agents des postes et les valeurs déposées ou trouvées dans les boîtes ou guichets des bureaux de poste [11], lorsque ces objets ou leur prix n'ont pas été réclamés dans les délais plus ou moins longs fixés à cet effet par les lois relatives à ces matières.

Les épaves fluviales sont les objets trouvés sur les bords ou dans le lit des cours d'eau navigables ou flottables. Ces épaves, lorsqu'elles n'ont pas été réclamées en temps utile par les ayants droit, appartiennent en totalité à l'État, sans que les inventeurs puissent y prétendre aucune part [12].

Les épaves maritimes comprennent, d'une part, les objets provenant de jets, bris ou naufrage; d'autre part, les vêtements et autres effets ou valeurs trouvés sur les cadavres noyés; enfin les choses du cru de la mer, telles que les herbes marines, l'ambre, le corail, et les poissons à lard, lorsqu'elles sont jetées sur la grève [13]. Parmi ces épaves, il en est qui, à défaut de réclamation

[7] Ces objets peuvent être réclamés, tant qu'ils n'ont pas été vendus ; et quant au prix en provenant, il peut l'être dans les trente années à partir de la vente. Loi du 11 germinal an IV. Ordonnance du 22 février 1829.

[8] Ces objets doivent être vendus, s'ils n'ont pas été réclamés dans les deux ans; et le délai pour en répéter le prix est de cinq années à partir de la vente. Loi du 3 mars 1822, sur la police sanitaire, art. 20.

[9] A défaut de réclamation, ces objets sont vendus au bout d'un an ; et le prix en est acquis à l'État, s'il n'est pas répété dans l'année qui suit la vente. Loi des 6-22 août 1791, tit. IX, art. 2 et 5.

[10] Lorsque ces colis n'ont pas été réclamés dans les six mois de leur arrivée, ils doivent être vendus. Le prix peut en être répété pendant deux années à partir de la vente. Décret du 13 août 1810.

[11] Ces sommes ou valeurs sont définitivement acquises à l'État, lorsque le remboursement ou la remise n'en a pas été demandé dans le délai de huit années. Loi du 31 janvier 1833, art. 1. Loi du 5 mai 1855, art. 17 (budget de 1856).

[12] En l'absence de réclamation, ces épaves sont vendues dans le délai d'un mois ; et le prix en est acquis à l'État, lorsqu'il n'a pas été réclamé dans un nouveau délai d'un mois à partir de la vente. Ordonnance du mois d'août 1669, tit. XXXI, art. 16 et 17.

[13] Ordonnance de la marine du mois d'août 1681, liv. IV, tit. IX ; liv. V, tit. VII.

dans le délai à ce fixé, appartiennent en totalité à l'État; ce sont les vaisseaux et objets naufragés échoués sur la grève[14]. Les autres se partagent, dans la proportion des deux tiers au tiers, entre l'État et les inventeurs, ou sont même attribués intégralement à ces derniers, ainsi qu'il sera expliqué au § 201.

Les biens meubles et immeubles formant partie de la dotation de la couronne, sont également compris dans le domaine de l'État[15].

Les biens des communes se divisent en biens communaux proprement dits et en biens patrimoniaux. Les premiers sont ceux qui, tels que les pâturages communs, les forêts affouagères, et le droit à la récolte du varech ou goëmon de rive[16], sont affectés à l'usage des habitants, *ut singuli*, d'une ou de plusieurs communes. Les seconds sont ceux dont la jouissance appartient à la commune comme corps moral. Cpr. art. 542.

Les biens de l'État, des départements, des communes et des établissements d'utilité publique sont administrés d'après des formes particulières, et ne peuvent être aliénés que suivant les règles qui leur sont propres. Art. 537, al. 2.

Les particuliers, au contraire, ont, sous les modifications établies par les lois, la libre disposition des biens qui leur appartiennent. Art. 537, al. 1.

Le même principe s'applique aux biens composant le domaine

C'est par extension de l'idée d'épaves, qu'on a compris parmi les épaves maritimes, certaines choses du cru de la mer, lorsqu'elles sont jetées sur la grève. De leur nature, ces choses sont plutôt des *res nullius* que des épaves.

[14] Le délai pour réclamer ces épaves est d'une année à dater des publications prescrites en pareil cas. Ordonnance de 1681, tit. IX, art. 24 à 26. Suivant ce dernier article, les épaves dont s'agit se partageaient autrefois, dans la proportion de deux tiers au tiers, entre le roi et l'amiral, c'est-à-dire le chef de la marine. Mais cette charge n'existant plus, et le domaine de l'État ayant remplacé le domaine de la couronne, c'est à l'État qu'elles reviennent aujourd'hui en totalité.

[15] Sénatus-consulte du 12 décembre 1852, art. 3.

[16] Le droit de récolter le goëmon attenant au rivage, et qu'on désigne sous le nom de *goëmon de rive*, est attribué d'une manière exclusive aux communautés d'habitants riveraines de la mer. Voy. les décrets réglementaires de la pêche côtière, pour les quatre premiers arrondissements maritimes, en date du 4 juillet 1853. Bulletin des lois, partie supplémentaire, série XI, B. 35, nº 623. Cpr. Civ. rej., 5 juin 1839, Sir., 39, 1, 621; Chamb. réun. cass., 17 juin 1839, Sir., 39, 1, 718; Crim. rej., 8 novembre 1845, Sir., 45, 1, 814. — Il ne faut confondre avec le goëmon de rive, ni le goëmon épave, c'est-à-dire détaché par les flots et jeté sur la grève, ni le goëmon poussant en mer, c'est-à-dire sur les rochers situés en mer et sur les rives des îles désertes. Voy. sur le goëmon poussant en mer et sur le goëmon épave. § 201, texte nº 1 et note 10, texte nº 3 et note 36.

privé de l'Empereur, c'est-à-dire aux biens qu'il acquiert pendant son règne, à titre gratuit ou onéreux [17].

§ 171.

2. *Des choses qui sont dans le commerce et de celles qui n'y sont pas.*

Les choses susceptibles d'appropriation[1] sont dites hors du commerce, lorsqu'un obstacle légal s'oppose à ce qu'elles fassent partie d'un patrimoine quelconque, ou lorsque, ayant actuellement un maître, elles ne peuvent par aucun moyen d'acquisition, pas même par prescription, passer dans le patrimoine d'une autre personne. Art. 1598 et 2226, et arg. de ces articles.

Parmi les choses placées hors du commerce, il faut ranger, en premier lieu, celles qui font partie du domaine public, national, départemental, ou communal [2].

Ces choses, exclues du commerce à raison de la destination d'utilité publique à laquelle elles sont affectées, y rentrent dès que cette destination vient à cesser. Art. 541 et arg. de cet article.

Le changement de destination peut en général résulter, indépendamment de toute déclaration formelle de l'autorité, du concours de faits et de circonstances de nature à l'établir d'une manière non équivoque. C'est ainsi que le lit d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable passe du domaine public dans le domaine privé des particuliers ou de l'État, et rentre par suite dans le commerce, lorsque ce fleuve ou cette rivière s'est creusé un nouveau lit, ou que son cours a été rectifié. Cpr. art. 563. Il en est de même des portions de routes abandonnées par suite du redressement de la voie publique, et des terrains retranchés de la voirie par mesure d'alignement [3].

[17] Sénatus-Consulte du 12 décembre 1852, art. 18 à 20.

[1] La distinction dont il est question dans ce paragraphe, est étrangère aux choses qui, d'après leur nature physique, ne sont pas susceptibles d'appropriation. *Res communes, nec sunt in commercio, nec extra commercium.*

[2] Toullier, VI, 163. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 89 et suiv. Duranton, XXI, 164 et suiv. Troplong, *De la prescription*, I, 171 à 174. Proudhon, *Du domaine public*, I, 216 et suiv. Foucart, *Droit administratif*, II, 797 et suiv.

[3] Toullier, VI, 163. Vazeille, *op. et loc. citt.* Duranton, XXI, 172 et 176. Troplong, *op. et loc. citt.* Proudhon, *op. cit.*, I, 217 et suiv. Foucart, *op. cit.*, II, 796. Civ. rej., 25 janvier 1843, Sir., 43, 1, 244. Req. rej., 18 mars 1845, Sir., 45, 1, 572. Req. rej., 24 avril 1855, Sir., 56, 1, 443. Civ. rej., 6 avril 1859, Sir., 59, 1, 670. Civ. cass., 27 novembre 1861, Sir., 62, 1, 170. Cpr. Montpellier,

Toutefois, depuis la loi des 8-10 juillet 1791, les bâtiments et terrains militaires ne peuvent plus perdre leur destination que par une remise opérée dans la forme que prescrit l'art. 2, titre IV de cette loi [4].

D'un autre côté, depuis la loi du 17 juillet 1819, les fortifications et remparts des places de guerre et des postes militaires conservés ou nouvellement établis, ne peuvent plus perdre leur destination qu'en vertu d'un décret qui supprime la place de guerre, ou qui, tout en la maintenant, en modifie le système de fortifications [5]. Loi du 17 juillet 1819, art. 1er.

Au nombre des choses exclues du commerce, on doit ranger, en second lieu, les biens meubles et immeubles formant la dotation de la couronne. Toutefois, les objets mobiliers, inventoriés avec estimation, sont susceptibles d'aliénation, moyennant remplacement, et les immeubles eux-mêmes peuvent être échangés en vertu d'un sénatus-consulte. Sénatus-consulte du 2 décembre 1852, art. 7 et 8.

Les biens formant partie de la dotation de la couronne ne peuvent perdre leur destination et rentrer dans le commerce que par l'effet d'un sénatus-consulte qui les fait passer dans le domaine ordinaire de l'État [6].

Enfin, le décret du 1er mars 1808 place hors du commerce les biens composant un majorat, et ne les y fait rentrer que lorsque l'aliénation en a été permise conformément aux règles qu'il prescrit [7].

A l'exception des biens compris dans la dotation de la couronne, les autres choses faisant partie du domaine de l'État se trouvent toutes dans le commerce. Il en est même ainsi des grandes masses de bois nationaux, c'est-à-dire des forêts ayant une contenance d'au moins 150 hectares [8].

21 décembre 1827, Sir., 28, 2, 81. — Voy. aussi sur les églises et chapelles qui ne sont plus consacrées au culte : Req. rej., 4 juin 1835, Sir., 35, 1, 413 ; Civ. cass., 5 décembre 1838, Sir., 39, 1, 33.

[4] Foucart, *loc. cit.* Civ. cass., 3 mars 1828, Sir., 28, 1, 146. Chamb. réun. cass., 27 novembre 1835, Sir, 36, 1, 296.

[5] Cpr. Req. rej., 30 juillet 1839, Sir., 40, 1, 166 ; Grenoble, 2 juillet 1840, Sir., 41, 2, 191.

[6] Cpr. le Sénatus-Consulte du 20 juin 1860, qui a fait rentrer le bois de Vincennes dans le domaine ordinaire de l'État.

[7] Décret du 1er mars 1808, art. 54 à 63. Cpr. sur l'annulation et la révocation des majorats : ordonnance du 10 février 1824, art. 4 ; loi du 12 mai 1835, art. 3.

[8] D'après l'ancien Droit public de la France, les biens faisant partie du domaine

Les choses qui sont inaliénables, ne sont pas par cela seul placées hors du commerce, lorsqu'elles ne sont pas en même temps absolument imprescriptibles[9]. Ainsi, les immeubles dotaux ne sont pas exclus du commerce[10].

III. DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE DROITS.

§ 172.

Les droits sur les objets extérieurs sont réels ou personnels.

Ces derniers se subdivisent en droits personnels proprement dits ou de créance, et en droits de puissance.

Les droits réels sont ceux qui, créant un rapport immédiat et direct entre une chose et la personne à la puissance de laquelle elle se trouve soumise, d'une manière plus ou moins complète, sont par cela même susceptibles d'être exercés, non pas seulement contre telle personne déterminée, mais envers et contre tous.

de l'État, considéré alors comme domaine de la couronne, étaient inaliénables et imprescriptibles, à l'exception toutefois de ceux qui composaient ce qu'on appelait le petit domaine, tels que les lais et relais de la mer, les landes, marais, terres vaines et vagues. Préambule de l'édit de François 1er de 1539. Ordonnance de Moulins de 1566, art. 1er. Le sort des aliénations ou engagements consentis en contravention de ce principe, a été réglé par les lois des 22 novembre - 1er décembre 1790, du 14 ventôse an VII, et du 12 mars 1820. Le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du domaine de l'État fut abrogé par la loi des 22 novembre - 1er décembre 1790, qui toutefois le maintint exceptionnellement pour les grandes masses de forêts nationales. Voy. art. 8 et 12 de cette loi. Cette réserve ou exception fut elle-même abolie par la loi du 25 mars 1817, qui affecta tous les bois et forêts de l'État à la dotation de la caisse d'amortissement. Dijon, 20 février 1857, Sir., 57, 2, 614. Req. rej., 17 février 1858, Sir., 58, 1, 351. Le principe nouveau de l'aliénabilité des biens compris dans le domaine de l'État emporte, d'après le Droit commun, et nonobstant la restriction qui en subordonne l'aliénation à l'autorisation préalable du Corps législatif, la prescriptibilité de ces biens au profit des particuliers. Art. 541 et 2227. Civ. cass., 27 juin 1854, Sir., 55, 1, 497. Metz, 13 février 1855, Sir., 55, 1, 500. Req. rej., 9 avril 1856, Sir., 56, 1, 808.

[9] Il résulte évidemment de l'art. 1598, que l'inaliénabilité dont une chose est frappée, n'a pas à elle seule pour effet de la placer hors du commerce.

[10] L'art. 1561 dit bien que les immeubles dotaux sont imprescriptibles. Mais il s'agit ici plutôt d'une suspension de prescription, que d'une véritable imprescriptibilité attachée à la qualité de ces immeubles. Ce qui le prouve, c'est que, d'une part, la prescription continue à courir pendant le mariage, lorsqu'elle a commencé auparavant, et que, d'autre part, elle peut commencer à courir utilement, même pendant le mariage, par suite de séparation de biens.

Les droits personnels proprement dits sont ceux qui, se rattachant à un lien d'obligation existant entre deux personnes déterminées, ne sont de leur nature susceptibles d'être exercés que contre la personne obligée, et contre ceux qui sont tenus de ses engagements.

A la différence de la distinction des droits en mobiliers et immobiliers, laquelle se rapporte à la nature de la chose formant l'objet de tel ou tel droit, la division des droits en réels et personnels repose sur la nature intrinsèque des droits eux-mêmes.

Les droits réels et personnels proprement dits diffèrent les uns des autres sous trois rapports principaux.

a. Le droit réel suppose une chose déterminée dans son individualité sur laquelle il porte. Le droit personnel n'a pour objet qu'une prestation, c'est-à-dire l'accomplissement d'un fait, ou la livraison d'une chose qui peut n'être déterminée que dans son espèce.

b. Celui auquel appartient un droit réel, peut en poursuivre l'exercice sur la chose même soumise à ce droit, et contre tout possesseur ou détenteur de cette chose. Au contraire, celui qui n'est investi que d'un droit personnel, c'est-à-dire le créancier, ne peut l'exercer que contre la personne obligée à la prestation, c'est-à-dire contre le débiteur.

c. Lorsque plusieurs personnes ont, à des époques différentes, acquis sur une chose, soit le même droit réel, soit des droits réels différents qui se trouvent en collision l'un avec l'autre, le droit acquis antérieurement l'emporte, en principe, sur le droit acquis plus tard. Au contraire, en cas de collision de divers droits personnels contre un même débiteur, aucun des créanciers ne jouit, en thèse générale, d'un droit de préférence.

Le Droit français ne reconnaît que trois espèces de droits réels : la propriété, les servitudes réelles ou personnelles [1] et l'hypothèque. Art. 543, 2114 et 2166. Nous ne mentionnons parmi les droits réels, ni la superficie, qui n'est qu'un droit de propriété partiel ou restreint quant à son objet, ni l'emphytéose, qui, à notre avis, ne confère plus aujourd'hui à l'emphytéote qu'un droit personnel [2].

Malgré la diversité des prestations à l'accomplissement desquelles

[1] Le Code qualifie de services fonciers, les servitudes réelles, et de droits de jouissance les servitudes personnelles. Art. 543.

[2] Cpr. § 226 *bis*.

une personne peut être obligée, et la différence des effets attachés à telle ou telle obligation d'après l'objet particulier de la prestation, le caractère juridique des droits personnels proprement dits est au fond toujours le même.

Toutefois, il est certains de ces droits qui, contrairement à la nature générale des droits personnels proprement dits, sont susceptibles d'être efficacement opposés à d'autres personnes qu'à l'obligé. Tels sont les droits de jouissance résultant du bail ou de l'antichrèse [3]. Tel est aussi le droit de rétention.

Les droits de puissance sont ceux que le mariage attribue au mari sur la personne de sa femme, et ceux que la paternité et la maternité confèrent au père et à la mère sur la personne de leurs enfants. Ces droits présentent une certaine affinité avec les droits réels, en ce qu'ils affectent la personne elle-même, et qu'on peut les faire valoir envers et contre tous, au moyen d'actions analogues à la revendication [4].

IV. NOTIONS GÉNÉRALES SUR L'ACQUISITION DES DROITS RÉELS ET DES DROITS PERSONNELS PROPREMENT DITS.

§ 173.

Des différentes manières d'acquérir en général.

On entend par manières d'acquérir les faits et les actes auxquels la loi attache, sous certaines conditions, une acquisition de droits.

Les manières d'acquérir sont universelles ou particulières. Les premières sont celles qui ont pour objet l'universalité ou une partie aliquote du patrimoine d'une personne. Les secondes sont celles qui ne portent que sur des objets particuliers.

Les manières d'acquérir universelles (*per universitatem*) seront exposées dans la théorie du patrimoine.

Les manières d'acquérir des droits réels sur des objets particuliers (*res singulæ*) seront développées au fur et à mesure qu'il sera traité de chacun de ces droits.

[3] Cpr. art. 1743 et 2091 ; § 369, texte, notes 18 et suiv. ; § 438, texte, notes 9 et 10. Mais il ne faut pas conclure de là que les droits du preneur ou du créancier à antichrèse constituent des droits réels. Cpr. § 365, texte et note 2; § 438, *loc. cit.*

[4] Cpr. § 471, texte et notes 1 à 8 ; § 550, texte n° 1, notes 10 et 11.

Quant à l'acquisition des droits personnels proprement dits, comme elle se rattache toujours à la formation d'une obligation, les règles qui la concernent trouveront naturellement leur place dans la théorie générale des obligations.

Suivant une ancienne doctrine, reproduite par Zachariæ (§ 178), l'acquisition des droits réels, et principalement celle du droit de propriété, supposerait en général le concours de deux éléments distincts, à savoir le titre et le mode d'acquérir. D'après cette doctrine, le titre serait la cause juridique qui rendrait l'acquisition légalement efficace, et le mode d'acquérir le fait par lequel elle se consommerait.

Mais cette théorie, qui ne reposait que sur une notion inexacte, tant de la *justa causa* requise en matière de tradition, que de la tradition elle-même [1], et sur une extension plus inexacte encore de ces notions aux autres modes d'acquérir [2], est aujourd'hui généralement rejetée par les interprètes mêmes du Droit romain [3]. A plus forte raison doit-elle être bannie de l'enseignement de notre Droit actuel, d'après lequel la propriété se transmet par le seul effet des conventions, indépendamment de toute tradition [4].

Dans la langue juridique du Droit français, le mot *titre* se rapporte, tantôt à l'acquisition même d'un droit, et tantôt à la preuve de cette acquisition.

[1] On a fait remarquer avec raison que, d'une part, la tradition n'était pas par elle-même translative de propriété, et que, d'autre part, les conventions de vente, de donation, ou autres, n'engendrant pas une *obligatio dandi*, ne pouvaient être considérées comme des titres d'acquisition de propriété. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la tradition transférait la propriété, lorsqu'elle était faite dans ce but, et qu'elle émanait du légitime propriétaire. D'où il suit que, ce que l'on appelait la *justa causa*, n'était, en définitive, tout comme la qualité de propriétaire dans l'auteur de la tradition, que l'une des conditions nécessaires pour que ce fait transférât la propriété, et se confondait ainsi avec lui.

[2] La théorie du *titulus* et du *modus adquirendi* était tellement enracinée dans les idées, qu'elle a pénétré jusque dans la rédaction de certains Codes modernes. C'est ainsi que l'on trouve dans le Code civil autrichien les textes suivants : § 380. *Sans titre et sans mode légal d'acquérir, il n'y a pas d'acquisition de propriété possible.* § 381. *En matière d'occupation des* RES NULLIUS, *le titre consiste dans la liberté innée à l'homme d'en prendre possession, le mode d'acquérir dans le fait de l'appréhension.*

[3] Hugo, *Civ. Magazin*, 1812, IV, 6. Thibaut, *Versuche*, I, p. 11. Puchta, *Pandekten*, § 143, texte et note *e*. Vangerow, *System des Pandektenrechts*, § 305. Pagenstecher, *Die römische Lehre vom Eigenthum*, *II. Abtheilung*, p. 1 et suiv.

[4] Voy. cependant Demolombe, XIII, 3.

Sous le premier de ces rapports, le terme *titre* se prend encore dans deux acceptions différentes, soit pour désigner toute cause légale d'acquisition, soit pour indiquer simplement une condition spécialement requise quant à telle ou telle manière d'acquérir.

Quand on emploie le mot *titre* comme synonyme de cause légale d'acquisition ou de manière d'acquérir, cette expression comprend, non-seulement les conventions et les actes de disposition, mais encore l'occupation, l'accession, la perception des fruits, et même la prescription acquisitive ou l'usucapion.

Toutefois, les art. 560 et 690 se servent du terme *titre* dans un sens plus restreint, pour désigner les conventions et les actes de disposition, par opposition à la prescription acquisitive.

C'est en matière de perception de fruits et de prescription acquisitive que le mot *titre* est employé, pour indiquer un élément nécessaire à ces modes d'acquisition[5]. Il désigne alors les conventions et les actes de disposition qui, de leur nature, sont susceptibles de transférer la propriété, mais qui, dans tel cas donné, n'ont pu en opérer la transmission, à raison de l'absence de l'une ou l'autre des conditions requises à cet effet.

Au point de vue de la preuve, le mot *titre* se prend pour les actes instrumentaires constatant toute cause d'acquisition d'un droit réel ou personnel[6].

§ 174.

De l'acquisition par l'effet des conventions en particulier. — Notions générales sur la transcription.

Dans le système du Code Napoléon, les conventions ayant pour objet de transférer ou de constituer des droits personnels ou réels, une fois parfaites comme telles, transmettent et établissent ces droits par elles-mêmes, c'est-à-dire indépendamment de toute formalité extrinsèque et de tout acte d'exécution, et ce, non-seulement en ce qui concerne les rapports des parties contractantes, mais encore vis-à-vis des tiers, auxquels telle ou telle convention

[5] Art. 550 et 2265.

[6] Cpr. art. 126, al. 1, 1334 et 1335, 1377, al. 2, 1605, 1607 et 1689, 2263. Cette acception donnée au mot *titre* s'explique par la circonstance que la preuve testimoniale n'étant admise en Droit français que sous de notables restrictions, les acquisitions par l'effet des conventions sont le plus souvent constatées par écrit. L'on est ainsi arrivé à comprendre, sous la même expression de *titre*, et la convention elle-même, et l'acte instrumentaire qui la constate.

serait opposable de sa nature et d'après les règles établies en matière de preuve[1]. Art. 711, 1138 et 2182. C'est ainsi que les conventions dont l'objet est de transférer la propriété d'une chose corporelle, mobilière ou immobilière, opèrent cet effet, même au regard des tiers, indépendamment de toute tradition. C'est ainsi encore qu'une convention de bail investit le preneur, même à l'égard des tiers, du droit de jouir de la chose louée, indépendamment de toute mise en possession[2].

Le principe ci-dessus posé reçoit cependant de nombreuses modifications, dont les unes sont établies par le Code Napoléon lui-même, et d'autres par des lois postérieures, mais qui toutes ne concernent que les effets des conventions à l'égard des tiers, et sont étrangères aux rapports des parties entre elles.

1° *Modifications établies par le Code Napoléon.*

a. Les donations entre vifs d'immeubles susceptibles d'hypothèques ne sont opposables aux tiers intéressés à les contester, qu'à partir de la transcription des actes qui les renferment, au bureau des hypothèques[3]. Art. 939 à 941.

b. Les substitutions, faites par acte entre vifs ou par testament, et portant, soit sur des immeubles, soit sur des créances ou rentes avec hypothèque ou privilége sur des immeubles, ne deviennent efficaces à l'égard des tiers, qu'autant qu'elles ont été rendues publiques dans les formes prescrites par l'art. 1069[4]. Cpr. art. 1070 à 1072.

c. Le cessionnaire d'une créance n'en est saisi à l'égard des tiers que par la notification au débiteur de l'acte de cession, ou par l'acceptation que ce dernier fait du transport dans un acte authentique[5]. Art. 1690 et 1691.

d. Les hypothèques simples ou privilégiées ne deviennent en général efficaces à l'égard des tiers, et n'ont de rang que du jour de leur inscription au bureau des hypothèques[6]. Art. 2134 et 2166.

[1] Ce point de doctrine est aujourd'hui généralement reconnu. Voy. sur la controverse à laquelle a donné lieu la question de savoir si le Code Napoléon avait, comme la loi du 11 brumaire an VII, subordonné, quant aux tiers, l'efficacité des conventions translatives d'immeubles susceptibles d'hypothèques, à la formalité de la transcription : § 207, texte et note 8.

[2] Cpr. § 369, texte et note 19.

[3] Cpr. § 704, texte, lettre *a*.

[4] Cpr. § 696, texte n° 2, notes 39 et suiv.

[5] Cpr. § 359 *bis*, texte n° 1.

[6] Cpr. §§ 369, 272 et 278.

Quant à l'art. 1141, il ne doit pas être rangé au nombre des dispositions modificatives du principe posé en tête du paragraphe. Si, au cas de concours de ventes ou de donations de choses corporelles mobilières faites au profit de deux personnes différentes, la préférence est due à celle qui a été mise en possession réelle de la chose vendue ou donnée, encore que son titre d'acquisition soit postérieur en date, et pourvu toutefois qu'elle ait été de bonne foi, ce n'est là qu'une conséquence de la maxime *En fait de meubles possession vaut titre*, et l'on ne saurait y voir une véritable exception à notre principe[7].

2° *Modification résultant de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention.*

Aux termes de l'art. 20, al. 3 de cette loi, les cessions de brevets d'invention ne peuvent être opposées aux tiers qu'à partir du jour où elles ont été enregistrées au secrétariat de la préfecture du département où elles ont été passées.

3° *Modifications introduites par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription.*

Cette loi, dont l'objet principal a été d'assurer le crédit foncier, en consolidant la propriété immobilière au moyen de la publicité

[7] Suivant plusieurs auteurs, l'art. 1141 ne pourrait s'expliquer qu'en envisageant la tradition comme nécessaire pour opérer, en matière mobilière, translation de propriété à l'égard des tiers, et ils en concluent que la disposition de l'art. 1141 déroge virtuellement à celle de l'art. 1138. Voy. Toullier, VII, 35 et 36; Troplong, *De la vente*, I, 42; Duvergier, *De la vente*, I, 37; Renaud, *Revue de législation*, 1845, II, p. 81; Hureaux, *Revue de droit français et étranger*, 1846, III, p. 772 et suiv., nos 35 à 39. Le point de départ de cette argumentation est, à notre avis, erroné. Si le second acquéreur, mis en possession, est préféré, lorsqu'il est de bonne foi, ce n'est point parce que le premier acquéreur n'était pas devenu propriétaire de la chose vendue par le seul effet de la vente passée à son profit, mais uniquement parce que son action en revendication se trouve écartée en vertu de la maxime *En fait de meubles possession vaut titre*, comme le serait, au cas de vente de la chose d'autrui, celle du véritable propriétaire. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu, et *Rapport au Tribunat*, par Faure (Locré, *Lég.*, XII, p. 328, n° 36, et p. 432, n° 33). D'ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que la préférence n'est accordée au second acquéreur qu'autant qu'il est de bonne foi; et cette condition ne se comprendrait pas en principe, si la propriété des meubles corporels ne devait se transférer, à l'égard des tiers, que par la tradition. Rivière, *Revue de législation*, 1851, III, p. 311 et suiv. C'est dans le sens de ces observations qu'il faut entendre ce que nous disons, à la fin du § 349, sur l'art. 1141. Cpr. encore sur cet article: § 183, texte et note 24; § 354, texte, notes 9 et 10.

donnée à certains actes et jugements, par leur transcription sur les registres de la conservation des hypothèques, ne concerne que les droits réels immobiliers de propriété ou de servitude, et certains droits personnels dont l'existence est de nature à diminuer la valeur des immeubles auxquels ils se rapportent.

D'un autre côté, la loi du 23 mars 1855 est étrangère, même en ce qui concerne les droits dont il vient d'être parlé, aux translations ou constitutions qui s'opèrent par l'effet direct et immédiat de la loi, par exemple à la transmission d'immeubles par voie de succession *ab intestat*, et à l'établissement d'un usufruit légal sur des immeubles [8].

Enfin, cette loi ne s'étend pas indistinctement à toutes les transmissions ou constitutions de droits de la nature ci-dessus indiquée, même opérées par le fait de l'homme. Celles qui résultent d'actes de dernière volonté, ne rentrent pas sous son application [9].

Les actes entre vifs et les jugements que la loi du 23 mars 1855 soumet à la formalité de la transcription, sont les suivants :

a. Les actes à titre onéreux [10], translatifs de propriété immobilière, et les actes constitutifs ou translatifs de droits réels immobiliers, susceptibles d'hypothèque. Art. 1, n° 1. Cpr. art. 2118.

b. Les actes à titre onéreux ou gratuit [11], constitutifs, soit de servitudes réelles, soit de droits d'usage ou d'habitation. Art. 2, n° 1.

[8] Flandin, *De la transcription*, I, 357. *Quid* de l'usufruit du mari sur les biens de la femme? Voy. § 226, texte, *in fine*, notes 8 et 9. *Quid* des servitudes légales? Voy. § 237.

[9] L'art. 1er de la loi du 23 mars 1855 ne s'applique, d'après son texte même, qu'aux actes *entre vifs;* et quoique ces dernières expressions ne se trouvent pas reproduites par l'art. 2, il n'en a pas moins été reconnu, dans tout le cours de la discussion de cette loi, que la formalité de la transcription devait rester étrangère aux actes de dernière volonté. *Rapport* de M. de Belleyme (Sir., *Lois annotées*, 1855, p. 27, n° 4). Bressolles, *Exposé sur la transcription*, n° 21. Lesenne, *De la transcription*, n° 4. Troplong, *De la transcription*, nos 36 à 40 et 108. Flandin, *op. cit.*, n° 17.

[10] Les mots *à titre onéreux* ne figurent pas au texte du n° 1 de l'art. 1er de la loi du 23 mars 1855 ; nous les avons ajoutés dans notre rédaction, parce qu'il résulte du dernier alinéa de l'art. 11 de cette loi, qu'elle n'a pas dérogé aux dispositions du Code Napoléon sur la transcription des donations d'immeubles susceptibles d'hypothèques, et qu'ainsi le n° 1 de l'art. 1er ne s'applique en réalité qu'aux actes à titre onéreux. Cpr. § 704, texte, lett. *b*. Bressolles, *op. cit.*, n° 25.

[11] Sous ce rapport, la loi de 1855 est extensive des dispositions du Code Napoléon, qui ne soumet à la transcription que les donations entre vifs d'immeubles susceptibles d'hypothèques. Cpr. § 704, texte, lett. *b*, et notes 36 à 41.

c. Les actes constitutifs d'antichrèse, et les baux de plus de dix-huit ans. Art. 2, nos 1 et 4.

d. Les jugements constatant la translation ou la constitution, d'après une convention verbale, de droits réels ou personnels de la nature de ceux indiqués aux lettres *a*, *b* et *c*[12]. Art. 1, n° 3. Art. 2, n° 3.

e. Les actes portant renonciation à l'un des droits réels ou personnels énumérés aux lettres *a*, *b* et *c*, ainsi que les jugements constatant l'existence d'une pareille renonciation faite verbalement. Art. 1, nos 2 et 3. Art. 2, nos 2 et 3.

f. Les jugements d'adjudication, autres que ceux sur licitation au profit d'un cohéritier ou copartageant. Art. 1, n° 4.

g. Les actes ou jugements constatant en matière de baux, même au-dessous de dix-huit ans, le paiement ou la cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus. Art. 2, n° 5.

Les actes et jugements soumis à transcription ne sont point opposables aux tiers qui, ayant des droits sur les immeubles formant l'objet de ces actes ou jugements, les ont dûment conservés par une transcription opérée ou par une inscription prise avant que ces mêmes actes ou jugements aient été transcrits. Art. 3, al. 1.

Quant aux baux de plus de dix-huit ans en particulier, ils ne peuvent, à défaut de transcription, être opposés aux tiers dont il vient d'être parlé, pour une durée de plus de dix-huit ans, ce qui doit s'entendre en ce sens, que le preneur ne peut demander le maintien de son bail, que pour le restant de la période de dix-huit ans dans laquelle il se trouve[13], à la date de la transcription

[12] Il semblerait, au premier abord, résulter de l'économie de l'art. 2 de la loi du 23 mars 1855, que les jugements constatant l'existence de baux verbaux de plus de dix-huit ans ne sont pas, textuellement du moins, compris au nombre de ceux qui sont assujettis à la transcription. Voy. Bressolles, *op. cit.*, n° 32. Mais cette induction ne serait pas exacte. En soumettant à la transcription *les baux d'une durée de plus de dix-huit ans*, le n° 4 de l'article précité y soumet tout aussi bien les baux verbaux dont l'existence a été constatée par un jugement, que les baux écrits.

[13] Il s'est élevé une assez vive controverse sur l'interprétation à donner au second alinéa de l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855. La doctrine émise au texte se fonde principalement sur l'analogie qui existe entre la situation que prévoit cette disposition, et l'hypothèse sur laquelle statue l'art. 1429 du Code Napoléon. Cette analogie ne serait guère contestable, si, au lieu de ne soumettre à la transcription que les baux de plus de dix-huit ans, le législateur y avait assujetti les baux excédant neuf années. Or nous ne voyons pas en quoi cette différence de terme

opérée par les tiers dont les droits sont en collision avec les siens, ou s'il s'agit d'un créancier hypothécaire, à la date du commandement préalable à la saisie immobilière que ce créancier a fait pratiquer [14].

On doit dans cette matière considérer comme tiers, non-seulement ceux qui ont acquis sur un immeuble des droits réels proprement dits, mais encore les créanciers avec antichrèse, ainsi

peut infirmer l'argument d'analogie qui ressort de l'art. 1429, puisqu'il s'agit toujours de savoir d'après quelle base, et suivant quel mode, s'opérera la réduction de la durée du bail. Voy. en ce sens : Troplong, *De la transcription*, nos 203 et 204 ; Flandin, *De la transcription*, II, 1266 à 1261. Voy. aussi Lesenne, *De la transcription*, no 73 ; Pont, *Revue critique*, 1857, X, p. 407 et suiv., no 9, et *Des hypothèques*, no 260. Ces derniers auteurs n'examinent la question que pour le cas où le preneur se trouve encore dans la première période de dix-huit ans. D'après un autre système, le bail non transcrit devrait être maintenu pour une durée de dix-huit années calculée, non plus à partir de l'entrée en jouissance du preneur, ou de l'époque à laquelle a commencé une nouvelle période de dix-huit ans, mais bien à dater du moment où les tiers avec lesquels ce dernier se trouve en collision, ont intérêt et qualité pour demander la réduction de la durée de son bail. Voy. en ce sens : Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, nso 232 et suiv.; Lemarcis, *Commentaire*, p. 25, no 9; Mourlon, *Examen critique*, app., no 348, et *Revue pratique*, 1862, XIII, p. 321 et suiv. Mais ce système prête au second alinéa de l'art. 3 de la loi de 1855 un sens qu'il ne comporte pas. Cet article, en effet, ne dit pas que les baux non transcrits pourront *toujours* être opposés pour dix-huit années ; tout au contraire, en statuant qu'ils ne peuvent *jamais* l'être pour plus de dix-huit ans, il donne clairement à entendre qu'ils sont susceptibles d'être réduits au-dessous de ce laps de temps, établi comme maximum, et non comme terme fixe et invariable de la durée du bail.

[14] Les tiers qui ont acquis sur l'immeuble loué, des droits sujets à transcription, auraient sans doute intérêt à demander, dès le moment de leur acquisition, la réduction de la durée du bail. Mais comme leurs droits ne deviennent efficaces à l'égard du preneur que par la transcription, c'est à la date de l'accomplissement de cette formalité qu'il faut se placer, pour déterminer dans quelle période de jouissance se trouve ce dernier. Que si le débat s'élève entre le preneur et un créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble loué, ce n'est évidemment pas à la date de l'inscription qu'il faut s'arrêter, mais bien au moment auquel naît pour ce créancier un véritable intérêt à contester la durée du bail. Or ce moment nous paraît être celui de la signification du commandement préalable à la saisie, au moyen de laquelle il entend réaliser son gage. Arg. art. 684 du Code de procédure. Troplong, *op. cit.*, nos 203, 204 et 205. Flandin, *op. cit.*, II, 1267 et 1270. Voy. cep. Mourlon, *Examen critique*, app., no 349, et *Revue pratique*, *loc. cit.* D'après cet auteur, ce serait au moment de l'adjudication de l'immeuble saisi qu'il faudrait se placer, pour régler la position du preneur vis-à-vis du créancier hypothécaire.

que les fermiers ou locataires en vertu de baux de plus de dix-huit ans[15].

Les propositions précédentes, combinées avec les règles du Code Napoléon sur l'acquisition des droits par convention, conduisent entre autres aux applications suivantes.

Entre deux acquéreurs successifs du même immeuble, la préférence est due à celui qui le premier a fait transcrire son titre d'acquisition, quoiqu'il soit postérieur en date.

En cas de collision entre l'acquéreur d'un immeuble et la personne au profit de laquelle a été constitué un droit d'usufruit ou de servitude réelle sur le même immeuble, la question de savoir si l'acquéreur est ou non tenu de supporter ces charges, se résout exclusivement par l'antériorité de la transcription, soit de l'acte

[15] Quoique l'antichrèse, dont l'efficacité est subordonnée à la détention de l'immeuble, n'emporte aucun droit de suite, et ne constitue pas un vrai droit réel, et bien que le bail, quel que soit sa durée, ne confère au premier qu'un droit personnel, il n'en est pas moins certain, qu'au point de vue de la nécessité de la transcription et de ses effets, le législateur de 1855 a assimilé les actes constitutifs d'antichrèse et les baux de plus de dix-huit ans aux actes translatifs ou constitutifs de droits réels immobiliers, et a ainsi conféré aux créanciers à antichrèse et aux preneurs pour plus de dix-huit ans, qui se sont conformés aux dispositions de la loi en faisant transcrire leur titre, non-seulement la faculté d'opposer ce titre aux tiers, mais encore celle d'exciper eux-mêmes, en qualité de tiers, du défaut de transcription des titres de ceux qui voudraient contester l'efficacité de leurs droits. C'est dans ces idées qu'a été rédigé l'art. 3, qui accorde la faculté de se prévaloir du défaut de transcription, non pas seulement aux tiers *qui ont des droits réels* sur l'immeuble, mais aux tiers *qui ont des droits* sur l'immeuble, de quelque nature que puissent être ces droits. L'intention du législateur à cet égard est d'autant plus certaine, que le mot *réels*, qui se trouvait dans la rédaction primitive de l'art. 3, a été, lors de la discussion au Conseil d'État, retranché sur l'observation de M. Rouher, dans le but précisément d'étendre le bénéfice de cet article aux tiers qui, quoique n'ayant à faire valoir sur l'immeuble que des droits personnels, ont accompli la formalité de la transcription à laquelle ils se trouvent soumis. Voy. le passage de la discussion (inédite) au Conseil d'État, cité dans le *Recueil général des lois et arrêts* (Sir., 60, 1, 608, à la note). On pourrait sans doute objecter que le but de la loi de 1855 a été de consolider le crédit foncier, en protégeant les tiers-acquéreurs et les créanciers hypothécaires. Mais si tel est effectivement son objet principal, rien ne prouve que ce soit là son but exclusif, et qu'on doive en rejeter l'application toutes les fois qu'il ne s'agirait plus des intérêts d'un tiers-acquéreur ou d'un créancier hypothécaire. N'était-il pas, d'ailleurs, naturel et équitable de faire participer aux avantages attachés à l'accomplissement de la transcription, tous ceux que l'on soumettait à la nécessité de cette formalité ? Martou, *Des hypothèques*, I, 66 et 91. Flandin, *De la transcription*, II, 1263 et 1264.

constitutif d'usufruit ou de servitude, soit de l'acte d'acquisition, sans égard à la date respective de ces deux actes.

En cas de collision entre l'acquéreur d'un immeuble et un créancier hypothécaire inscrit sur le même immeuble, l'efficacité ou l'inefficacité de l'hypothèque dépend uniquement du point de savoir si elle a été ou non inscrite avant la transcription de l'acte d'acquisition, de telle sorte que, si l'inscription est antérieure à la transcription, l'hypothèque est efficace, alors même qu'elle n'aurait été constituée que depuis l'aliénation, et que, réciproquement, si l'inscription est postérieure à la transcription, l'hypothèque est inefficace, bien qu'elle ait été constituée avant l'aliénation[16]. Que s'il s'agissait d'une hypothèque légale dispensée d'inscription, elle serait efficace à l'encontre de l'acquéreur, par cela seul qu'elle aurait pris naissance avant la transcription de l'acte d'aliénation. Art. 2135.

Les solutions qui viennent d'être données s'appliquent, *mutatis mutandis,* au cas où un créancier à antichrèse se trouve en concours avec des tiers qui ont acquis des droits réels quelconques sur l'immeuble donné en nantissement.

La loi de 1855 n'ayant soumis à la formalité de la transcription que les baux de plus de dix-huit ans, le sort des baux de dix-huit ans ou au-dessous, reste réglé par les dispositions du Code Napoléon. Ainsi, de pareils baux sont opposables à l'acquéreur, pourvu qu'ils aient acquis date certaine antérieurement à l'aliénation, et ne peuvent, au cas contraire, lui être opposés, bien que leur date soit devenue certaine avant la transcription[17]. Art. 1743.

Quant aux baux de plus de dix-huit ans, transcrits avant la transcription de l'acte d'aliénation, ils sont opposables à l'acquéreur pour toute leur durée, encore qu'ils n'aient été passés que postérieurement à l'acte d'aliénation[18]. Lors, au contraire, que de pareils baux n'ont pas été transcrits, ou ne l'ont été que postérieurement à la transcription de l'acte d'aliénation, ils ne sont opposables à l'acquéreur que pour une durée de dix-huit années, et seraient

[16] Voy. cependant sur l'exception admise, en faveur du vendeur et du copartageant, par le second alinéa de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855 : § 278.

[17] Bressolles, *op. cit.*, nº 50. Lesenne, *Commentaire*, nº 77.

[18] Lesenne, *op. cit.*, nº 79. Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, nºs 216 et suiv. Flandin, *op. cit.*, II, 1261 et 1262. Voy. en sens contraire : Bressolles, *op. et loc. citt.* ; Mourlon, *Examen critique*, app., nº 347.

même à considérer comme non avenus à son égard, s'ils étaient postérieurs à l'acte d'aliénation [19].

Entre deux baux de plus de dix-huit années portant sur le même immeuble, la préférence se règle par la priorité du titre, pour le laps de dix-huit ans, et par l'antériorité de la transcription, pour ce qui excède ce terme [20].

En cas de collision d'un bail de plus de dix-huit ans avec un bail de dix-huit ans ou au-dessous, la préférence est due à celui qui est antérieur en date, que le bail de plus de dix-huit ans ait ou non été transcrit [21].

A défaut de la transcription d'un acte ou jugement constatant le paiement ou la cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou de fermages, le paiement ou la cession ne peuvent être opposés, même pour moins de trois années, aux acquéreurs ou adjudicataires de l'immeuble loué, ni aux créanciers hypothécaires, à partir de la transcription de la saisie [22].

Dans les applications précédentes, nous avons supposé des transcriptions opérées ou des inscriptions prises à des dates différentes, et sur l'antériorité respective desquelles il ne s'élève aucune difficulté. Mais il peut y avoir concours d'inscriptions ou de transcriptions effectuées le même jour. Dans ce cas, et sauf l'hypothèse spécialement prévue par l'art. 2147, la préférence se détermine d'après l'ordre dans lequel les pièces remises par les parties ont été inscrites sur le registre de dépôt tenu par le conservateur des hypothèques, conformément à l'art. 2200 [23]. Cette règle s'applique,

[19] La position d'un preneur par bail de plus de dix-huit ans, qui n'a pas fait transcrire ce bail, ou qui ne l'a fait transcrire que postérieurement à l'acte d'aliénation, ne peut pas être meilleure, sous l'empire de la loi de 1855, qu'elle ne l'était sous l'empire du Code Napoléon. Et si la législation nouvelle lui donne le droit d'opposer son bail à l'acquéreur, pour une durée de dix-huit années, c'est dans la supposition qu'il est antérieur à l'aliénation. Lesenne, *op. cit.*, n° 77.

[20] Cpr. Troplong, *De la transcription*, n° 207 ; Sellier, *Commentaire sur la loi du 23 mars 1855*, n° 301 *bis* ; Flandin, *op. cit.*, II, 1273 et 1274. Voy. en sens contraire : Bressolles, *op. cit.*, n° 51.

[21] Cpr. en sens divers : Troplong, *op. cit.*, n° 208 ; Sellier, *op. et loc. citt.* ; Flandin, *op. cit.*, n°s 1275 et 1276.

[22] La dernière partie de cette proposition se trouve justifiée par le rapprochement des art. 678 et 685 du Code de procédure.

[23] La solution donnée au texte nous paraît virtuellement découler des dispositions de l'art. 2200, qui porte : « Les conservateurs ne pourront transcrire les « actes de mutation, ni inscrire les bordereaux sur les registres à ce destinés, qu'à « la date et *dans l'ordre* des remises qui leur en auront été faites, » et qui donne

non-seulement au concours de deux transcriptions, mais encore à celui d'une transcription et d'une inscription effectuée le même jour [24].

aux parties le droit de demander une reconnaissance rappelant le numéro du registre sur lequel a été inscrite la remise de leurs pièces. Cet article, en effet, a été ajouté à la demande du Tribunat, qui en a expliqué le but, en disant : « La « mesure proposée évitera les suites des méprises, et assurera le droit des par- « ties intéressées, dans l'ordre des jours où elles auront fait leurs réquisitions. » (Locré, *Lég.*, XVI, p. 322, n° 18). La même pensée se trouve reproduite dans le *Rapport* de Grenier (Locré, *Lég.*, XVI, p. 400 et 401). Il résulte de là, à notre avis, que les rédacteurs du Code sont partis de l'idée que l'antériorité de la remise des pièces constitue pour les parties un droit acquis, dont une méprise du conservateur ne doit pas les priver, et qu'ainsi c'est par la priorité du numéro d'ordre que se détermine la préférence. Ducruet, n° 14 *bis*. Fons, *Précis sur la transcription*, n° 45. Sellier, *De la transcription*, n° 170. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Transcription, n° 519. Flandin, *op. cit.*, II, 920 à 923. Divers autres systèmes ont été proposés par MM. Troplong (*op. cit.*, n°s 192 et suiv.), Bressolles (*op. cit.*, n° 45), Rivière et Huguet (*Questions sur la transcription*, n°s 203 et 204) et Mourlon (*Revue pratique*, 1856, I, p. 477 et suiv., n° 2). Suivant le premier de ces auteurs, la question serait purement de fait, et devrait, en l'absence de règle écrite, se décider d'après les circonstances de la cause, et eu égard notamment à l'ordre dans lequel se trouve inscrite la remise des pièces sur le registre à ce destiné. Mais cette opinion qui, dans ses résultats pratiques, concordera le plus souvent avec la nôtre, ne nous paraît pas exacte en théorie. Selon nous, la question est plutôt de droit que de fait, et se trouve décidée par l'art. 2200. D'après MM. Bressolles, Rivière et Huguet, la préférence appartiendrait à celui des deux acheteurs dont le titre a le premier reçu date certaine, ou, si leurs titres sont de même date, à celui qui se trouve en possession. Cette solution n'est pas admissible, parce qu'elle est puisée dans un ordre d'idées que la loi de 1855 a précisément eu pour but d'écarter. Enfin, M. Mourlon, sans tenir aucun compte de la priorité d'inscription sur le registre d'ordre, donne la préférence à la transcription qui, de fait, se trouve portée la première sur le registre des transcriptions. Nous examinerons, texte et note 25 *infra*, le mérite de ce système.

[24] Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 520. Flandin, *op. cit.*, II, 924 et 925. Arras, 5 juillet 1860, Sir., 60, 2, 481. Diverses autres opinions se sont produites. Suivant MM. Ducruet (*op. et loc. citt.*) et Sellier (*op. cit.*, n° 225), qui se fondent sur l'art. 2147 et sur cette idée qu'un droit de propriété et un droit d'hypothèque, ayant pour objet le même immeuble, ne sont point incompatibles, on devrait admettre la concurrence entre l'acquéreur et le créancier hypothécaire, dont la transcription et l'inscription auraient été faites le même jour, sans égard à la priorité de la remise des pièces par l'un ou par l'autre. Mais ces arguments ne nous paraissent pas concluants Nous ne pouvons voir dans l'art. 2147 qu'une disposition exceptionnelle, qui n'est pas susceptible d'être étendue du cas prévu par cet article à celui dont il est actuellement question. D'un autre côté, si un droit de propriété et un droit d'hypothèque peuvent simultanément exister sur le même immeuble, il n'en est pas moins légalement impossible qu'une constitu-

La circonstance que deux transcriptions faites le même jour, l'auraient été dans un ordre inverse de celui qu'indique le registre de dépôt, ne suffirait pas pour faire écarter la règle qui vient d'être posée[25], sauf dans ce cas le recours contre le conservateur, de la part de celui qui aurait été induit en erreur par la faute de ce fonctionnaire.

Mais la règle dont s'agit fléchirait devant la preuve d'une fraude ou d'une erreur commise par le conservateur, dans l'ordre d'inscription, sur le registre de dépôt, des pièces qui lui ont été remises[26].

tion d'hypothèque et une aliénation, consenties par le même individu, deviennent l'une et l'autre simultanément efficaces, de telle sorte qu'il y eût lieu à partage de la valeur de l'immeuble entre l'acquéreur et le créancier hypothécaire. De deux choses l'une en effet, ou l'hypothèque a été inscrite avant la transcription, ou elle ne l'a été qu'après. Au premier cas, elle sera efficace pour le tout; au second, elle restera sans aucun effet. La difficulté se réduit donc à une question de priorité de l'inscription ou de la transcription, question qui doit se résoudre d'après la règle posée au texte. Selon M. Bressolles (*op. cit.*, nº 85), la préférence se règlerait, comme au cas prévu dans la note précédente, par l'antériorité du titre, de manière que l'inscription prise en vertu d'un titre antérieur à l'acte d'aliénation, l'emporterait sur la transcription de cet acte faite le même jour. Mais ne serait-ce pas aller directement contre l'esprit de la loi du 23 mars 1855 que d'accorder la préférence au moins diligent? Enfin, d'après une dernière opinion, admise par le tribunal de Bagnères-de-Bigore (24 février 1859, Sir., 60, 2, 427), la préférence devrait toujours et nécessairement être accordée à l'inscription, par le motif que le créancier hypothécaire aurait tout le jour de la transcription pour s'inscrire utilement. Il en serait sans doute ainsi, si l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855 disait : *passé le jour de la transcription*, les créanciers ne peuvent prendre utilement inscription. Mais ce n'est point ainsi qu'il s'exprime, et en disant : *à partir de la transcription etc.*, il indique de la manière la plus claire que l'inscription prise après la transcription, fût-ce d'ailleurs le même jour, n'est cependant qu'une inscription inutile.

[25] M. Mourlon (*op. et loc. citt.*) émet à cet égard une opinion contraire. Selon lui, la préférence entre deux acquéreurs dont les titres auraient été transcrits le même jour, se réglerait toujours par l'ordre matériel dans lequel les deux transcriptions se trouvent portées sur le registre destiné à les recevoir, sans égard à l'ordre dans lequel les remises de pièces ont été inscrites sur le registre de dépôt. A l'appui de son opinion, cet auteur dit que le registre des transcriptions forme la loi unique des parties, qui n'ont point à s'enquérir des mentions consignées au registre de dépôt, et qui ne peuvent respectivement se les opposer. Mais c'est là précisément la question qu'il s'agit de résoudre dans l'hypothèse où, par extraordinaire, le conservateur n'aurait pas suivi, pour opérer les transcriptions, l'ordre indiqué par ce dernier registre; et sur ce point nous nous bornerons à nous en référer aux observations présentées à la note 23 *supra*.

[26] Cette preuve, en effet, détruirait la foi due au registre de dépôt. Ducruet,

La transcription, simplement destinée à assurer la publicité de certains actes ou jugements, n'efface pas les vices dont ils seraient entachés. On peut donc attaquer un contrat qui a été transcrit, par les mêmes moyens que s'il ne l'avait pas été[27].

Les notions générales sur la transcription, exposées au présent paragraphe, seront complétées au paragraphe suivant. Elles seront développées, en ce qui concerne spécialement les actes translatifs de propriété immobilière ou constitutifs de servitude, dans la théorie de la propriété et dans celle des servitudes. Nous ajouterons seulement ici, pour terminer cet aperçu sommaire, que la loi du 23 mars 1855 n'est devenue exécutoire qu'à partir du 1er janvier 1856, et que celles de ses dispositions qui sont relatives à la transcription, ne s'appliquent qu'aux actes passés et aux jugements rendus depuis cette époque.

Du reste, dans les hypothèses où la préférence entre deux prétendants droit se règle par l'antériorité du titre, abstraction faite de toute transcription ou inscription, cette antériorité ne peut s'établir qu'au moyen d'un acte authentique, ou d'un acte sous seing privé ayant acquis date certaine. Art. 1328.

§ 174 *bis*.

De la manière dont s'effectue la transcription. — Des actes qui, sous le rapport de leur forme, sont susceptibles d'y être soumis. — Des personnes qui peuvent ou qui doivent la requérir.

La transcription dont il est ici question[1], consiste dans la copie littérale, sur un registre public tenu par le conservateur des hypothèques, des actes ou jugements qu'on peut ou qu'on doit soumettre à cette formalité[2].

Fons et Sellier, *opp. et locc. citt.* Dalloz, *op. et vo citt.*, no 519. Flandin, *op. cit.*, II, 921.

[27] Arg. art. 4, loi du 23 mars 1855. Merlin, *Quest.*, vo Expropriation forcée, § 1er, nos 1 et 2. Grenier, *Des hypothèques*, II, 368. Bressolles, *op. cit.*, nos 40 et 60 Dalloz, *op. et vo citt.*, nos 504 à 506. Flandin, *op. cit.*, II, 902. Req. rej., 17 prairial an XIII, Sir., 5, 2, 336. Nîmes, 20 frimaire an XIV, Sir., 6, 2, 107. Req. rej., 22 mars 1809, Sir., 9, 1, 108.

[1] La transcription, en général, est la copie d'un acte quelconque sur un registre public. Ce mot se trouve, à plusieurs reprises, employé dans ce sens, au Code de procédure. Voy. art. 678 et suiv., 719 et 720.

[2] L'art. 3 du projet primitif de la loi du 23 mars 1855 avait introduit un nouveau mode de transcription, qui se composait du dépôt d'une copie de l'acte à

En règle, les actes et jugements à transcrire doivent l'être en entier. Art. 2181. Il en est ainsi même des actes d'échange[3] et des actes contenant vente simultanée d'immeubles et de meubles, aliénés pour un seul et même prix[4].

Toutefois, s'il s'agissait d'actes qui, tels que les contrats de mariage, peuvent contenir des conventions diverses, les unes susceptibles, les autres non susceptibles de la formalité, il suffirait de faire transcrire les parties de l'acte relatives aux premières[5].

D'un autre côté, en matière d'adjudication aux enchères publiques, et par lots, chaque adjudicataire est admis à faire transcrire séparément la partie du procès-verbal qui le concerne, mais avec copie entière du cahier des charges[6].

Du reste, les procurations et autres pièces annexées aux actes présentés à la transcription, ne doivent pas être transcrites avec ces actes[7].

La transcription se fait au bureau de la conservation des hypothèques de l'arrondissement dans lequel se trouvent situés les immeubles formant l'objet des actes à transcrire. Art. 2181.

Lorsque ces actes portent sur des actions immobilisées de la banque de France, la formalité s'accomplit à Paris[8].

transcrire, et d'une inscription par extrait sur le registre du conservateur. Mais, à la demande de la Commission du Corps législatif, qui a pensé que le mode de transcription suivi jusqu'alors était préférable, la suppression de cet article a été consentie par le Conseil d'État. La transcription continue donc à se faire dans la forme indiquée par l'art. 2181. Cpr. *Instruction de la régie du 24 novembre 1855, sur l'exécution de la loi du 23 mars 1855.* Bressolles, *Exposé sur la transcription*, n° 27.

[3] Troplong, *Des hypothèques*, IV, 911. Flandin, *De la transcription*, I, 779. Voy. en sens contraire : Grenier, *Des hypothèques*, II, 369.

[4] Mourlon, *De la transcription*, I, 221. Flandin, *op. cit.*, I, 783 et 784.

[5] Bressolles, *op. et loc. citt.* Troplong, *De la transcription*, nos 89 et 125. Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, n° 250. Flandin, *op. cit.*, I, 781. Mourlon, *op. cit.*, I, 225. Cpr. Amiens, 15 novembre 1838, Sir., 39, 2, 241.

[6] Grenier, *op. et loc. citt.* Troplong, *op. cit.*, n° 124. Flandin, *op. cit.*, I, 776. Mourlon, *op. cit.*, I, 221. Orléans, 7 juin 1839, Sir., 39, 2, 342. Cpr. Paris, 26 juin 1840, Sir., 40, 2, 487.

[7] Merlin, *Quest.*, v° Transcription, § 3, n° 2. Bressolles, *op. et loc. citt.* Rivière et Huguet, *op. cit.*, n° 60. Mourlon, *op. cit.*, I, 226. Troplong, *op. cit.*, nos 126 et 127. Flandin, *op. cit.*, I, 119 et 789. Voy. en sens contraire : Martou, *Des hypothèques*, I, 54.

[8] Rivière et Huguet, *op. cit.*, n° 135. Flandin, *op. cit.*, I, 788. Mourlon, *op. cit.*, I, 228.

Les actes qui contiennent des conventions relatives à des immeubles situés dans des arrondissements différents, doivent être transcrits dans les bureaux de chacun de ces arrondissements, quand bien même ces immeubles feraient partie d'un seul et même domaine [9].

Les actes sous seing privé sont admis à la transcription, tout aussi bien que les actes authentiques [10]. Il en est de même des actes passés en pays étranger [11].

La transcription peut être requise par toute partie intéressée, agissant, soit en personne, soit par le ministère d'un fondé de pouvoir. Tout porteur de la pièce nécessaire pour l'opérer est présumé avoir mandat à cet effet [12].

Les administrateurs du patrimoine d'autrui, tels que les maris ou tuteurs, sont, en vertu d'une obligation inhérente à leur qualité, tenus de requérir, dans l'intérêt des personnes dont ils administrent les biens, la transcription des actes passés au profit de ces personnes ou de leurs auteurs [13]. Mais ces dernières ne sont point restituables contre le défaut de transcription, sauf le recours, s'il y échet, contre les administrateurs de leurs biens [14].

Le requérant doit déposer entre les mains du conservateur une expédition de l'acte à transcrire, s'il est authentique, ou cet acte lui-même, s'il est sous seing privé. Toutefois, si la transcription avait été opérée sur une simple copie, elle n'en produirait pas moins son effet, à supposer que cette copie fût conforme au titre [15].

Le conservateur n'est juge ni de la validité des actes présentés à la formalité, ni de l'utilité ou de l'inutilité de son accomplissement, et ne peut, sous aucun prétexte, refuser ni retarder la

[9] Troplong, *op. cit.*, nº 133. Flandin, *op. cit.*, I, 785. Mourlon, *op. cit.*, I, 45, 133 et 228.

[10] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XVI, p. 282 et 283). Avis du Conseil d'État des 3-12 floréal an XIII. *Rapport fait au Corps législatif*, par M. de Belleyme (Sir., *Lois annotées*, 1855, p. 28, nº 7). Merlin, *Rép.*, vº Transcription, § 2, nº 1. Grenier, *op. cit.*, II, 359. Bressolles, *op. cit.*, nº 28. Troplong, *op. cit.*, nº 135. Flandin, *op. cit.*, I, 23. Mourlon, *op. cit.*, I, 213.

[11] Bressolles, *op. cit.*, nº 14. Flandin, *op. cit.*, I, 55 et 56.

[12] Mourlon, *op. cit.*, I, 243 à 247.

[13] Cpr. Mourlon, *op. cit.*, I, 248 et suiv.

[14] Art. 942 et arg. de cet article. Bressolles, *op. cit.*, nº 55. Troplong, *op. cit.*, nº 196. Rivière et Huguet, *op. cit.*, nº 156. Flandin, *op. cit.*, I, 816 et 817; II, 870. Cpr. § 704, texte et notes 12 à 16.

[15] Flandin, *op. cit.*, I, 795 et 796.

transcription de ceux qui en sont susceptibles [16]. Art. 2199. Il est tenu de faire mention, sur un registre d'ordre ou de présentation, des actes à transcrire déposés entre ses mains, et de délivrer au requérant, si celui-ci l'exige, une reconnaissance indiquant la date de ce dépôt, et le numéro sous lequel il est inscrit au registre [17]. Art. 2220.

La transcription doit se faire à la date et dans l'ordre des présentations. Art. 2200. Elle est mentionnée par le conservateur sur l'expédition ou l'original de l'acte qui lui a été présenté, et qu'il est tenu de restituer au requérant. Art. 2181, al. 2.

Les frais de la transcription sont avancés par ce dernier, sauf à lui à les récupérer, le cas échéant, contre qui de droit.

§ 175.

Des différentes espèces de successeurs.

Une personne succède à une autre, lorsqu'elle recueille ou acquiert, en vertu de la loi ou de la volonté de l'homme, tout ou partie des droits de cette dernière, avec la faculté de les exercer désormais en son propre nom [1].

La personne qui se trouve investie d'un droit, non comme le tenant d'une autre personne, mais de son propre chef, ne saurait être considérée comme le successeur de celle-ci. bien qu'il s'agisse du même droit, perdu par l'une, et acquis par l'autre. Ainsi, celui qui devient, par l'effet de l'usucapion, soit de trente ans, soit de dix à vingt ans, propriétaire d'un immeuble, n'est pas le successeur de la personne au préjudice de laquelle s'est accomplie l'usucapion.

D'un autre côté, lorsque, par suite de la révocation, de l'annu-

[16] Rivière et Huguet, *op. cit.*, n° 167. Flandin, *op. cit.*, I, 790 et 791. Mourlon, *op. cit.*, I, 214. Cpr. Civ. cass., 11 mars 1829, Sir., 29, 1, 163.

[17] Le déposant a le droit d'exiger cette reconnaissance ; mais le conservateur ne peut le forcer à la recevoir et en payer les frais. Martou, *Des priviléges et hypothèques*, IV, 1593. Mourlon, *op. cit.*, I, 232 à 234. Voy. en sens contraire : Décisions ministérielles des 14 et 28 ventôse an XIII et 6 août 1821 ; Troplong, *Des hypothèques*, IV, 1009 ; Pont, *Des priviléges et hypothèques*, n° 1432.

[1] Les créanciers exerçant, en vertu de l'art. 1166, et au nom de leur débiteur, les droits et actions qui lui compètent, ne sont donc pas de véritables successeurs. Voy. cep. § 312, texte et note 6. Cpr. sur la position des créanciers, en ce qui concerne en particulier l'application des art. 941, 1322 et 1328 : § 704, texte, notes 26 et 27 ; § 756, texte n° 2, lett. *e*, notes 103 à 107.

lation, ou de la rescission d'un acte, un droit ne fait que retourner à celui qui en était primitivement investi; ce dernier n'est pas le successeur de la personne au préjudice de laquelle s'est opérée la révocation, l'annulation ou la rescission.

A plus forte raison, ne peut-on considérer celui au profit duquel s'éteint une charge dont ses biens étaient grevés, comme le successeur de la personne investie du droit correspondant à cette charge. Ainsi, le nu propriétaire n'est pas, en cas d'extinction de l'usufruit, le successeur de l'usufruitier.

Les successeurs se divisent en successeurs universels et successeurs particuliers.

Les premiers sont ceux qui succèdent à l'universalité ou à une quote-part de l'universalité des biens d'une personne décédée [2].

Les seconds sont ceux qui ne succèdent qu'à des objets particuliers. Tels sont les acquéreurs, les fermiers ou locataires, les cessionnaires, les créanciers subrogés aux droits d'un autre créancier, et les légataires à titre particulier. Le donataire entre vifs de tous les biens présents du donateur n'est aussi qu'un successeur à titre particulier [3]. Il en est de même du légataire en usufruit seulement, de l'universalité ou d'une quote-part de l'universalité des biens d'une personne décédée. Il en est encore ainsi du légataire d'une succession recueillie par le testateur [4].

Parmi les successeurs universels, il y en a qui sont censés continuer la personne du défunt auquel ils succèdent : on les nomme *représentants*. Tels sont les parents légitimes appelés par la loi à recueillir une hérédité. Art. 724. Tels sont encore les légataires universels, quand il n'existe pas d'héritiers à réserve. Art. 1006.

Les successeurs universels qui ne sont pas censés continuer la personne du défunt, sont les successeurs irréguliers, les légataires à titre universel, et même les légataires universels, quand il existe des héritiers à réserve. Art. 724, 1006 et 1011.

[2] Notre Droit assimile à des successeurs universels, les légataires, soit de tous les meubles ou de tous les immeubles, soit d'une partie aliquote des meubles ou des immeubles, bien que de pareils legs ne portent pas sur une partie aliquote du patrimoine. Art. 1010. D'un autre côté, notre Droit considère comme une universalité juridique, distincte de l'hérédité, les biens formant l'objet d'un retour successoral, et soumet ceux qui l'exercent à l'obligation de contribuer au paiement des dettes, proportionnellement à la valeur de ces biens, comparée à celle de l'hérédité proprement dite. Cpr. § 608, texte n° 2.

[3] Cpr. § 576, texte n° 3 ; § 698, texte *in fine;* § 706, texte et note 2.

[4] Cpr. sur ces deux points : § 714, texte, notes 15 et 16.

Les successeurs universels sont en même temps successeurs particuliers par rapport aux objets particuliers compris dans l'universalité à laquelle ils succèdent.

La loi emploie fréquemment le mot *ayants cause*, qui, suivant son acception ordinaire, ne désigne que les successeurs à titre particulier. C'est par ce motif que, dans les dispositions légales qui doivent s'appliquer aux diverses espèces de successeurs, le législateur se sert cumulativement des termes *représentants et ayants cause*, ou *héritiers et ayants cause*[5].

De nombreuses difficultés se sont élevées sur la portée du mot *ayant cause*, surtout en tant qu'il est employé par opposition au terme *tiers*. A cet égard, il importe de remarquer que, suivant la nature de la contestation et les prétentions qui se trouvent en conflit, la même personne est, tantôt ayant cause de telle autre personne, tantôt un tiers, de sorte que la signification des mots *tiers* et *ayant cause* ne peut pas se déterminer d'une manière absolue et *a priori*, et que le sens véritable et relatif de ces termes doit être fixé *secundum subjectam materiam*[6].

La position des successeurs universels, quant à leurs droits et à leurs obligations, sera expliquée dans la théorie du patrimoine; nous n'aurons à nous occuper ici que des successeurs particuliers.

§ 176.

De la position des successeurs particuliers, au point de vue des droits qui leur compètent en cette qualité.

1° Le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose, corporelle ou incorporelle, à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose, comme qualités actives, ou qui en sont devenus des accessoires[1]. C'est ainsi

[5] Cpr. art. 137, 1122 et 1322.

[6] Cpr. art. 941, § 704, texte et note 31; art. 1322 et 1328, § 756, texte n° 2, lett. *b*, notes 97 à 99.

[1] L'acquéreur est évidemment, dans ces conditions, l'ayant-cause du vendeur, non-seulement quant à la chose même qui forme l'objet de la transmission, mais encore en ce qui concerne les droits et actions qui s'y rattachent, et peut, par conséquent, invoquer la disposition de l'art. 1122. — Nous n'avons pas à nous occuper ici du cas spécial où il a été stipulé dans le bail d'un immeuble que, si cet immeuble venait à être vendu, l'acquéreur jouirait de la faculté d'expulser

que, indépendamment de toute stipulation spéciale, l'acquéreur d'un immeuble profite des servitudes établies pour l'avantage de cet immeuble, et que le cessionnaire d'une créance jouit des priviléges, des hypothèques ou des autres sûretés qui s'y trouvaient attachés. Art. 1692 et 2112. C'est ainsi encore que l'action résolutoire pour défaut de paiement d'un prix de vente, passe de plein droit au cessionnaire de ce prix [2]. C'est ainsi, enfin, qu'un sous-acquéreur peut exercer l'action en garantie pour cause d'éviction contre le vendeur originaire, alors même que, comme successeur à titre gratuit, il ne jouirait d'aucun recours en garantie contre son auteur immédiat, ou qu'il aurait renoncé au recours qui lui appartenait comme successeur à titre onéreux [3].

Au contraire, le successeur particulier ne peut, à moins d'une cession spéciale, expresse ou virtuelle [4], se prévaloir des droits et actions qui, quoique nés de conventions passées par son auteur au sujet de la chose à laquelle il a succédé, ne rentrent point dans la catégorie de ceux dont il a été précédemment parlé [5]. Il suit de là que l'acquéreur d'un terrain ne peut, à moins de cession spéciale, se prévaloir du bénéfice des conventions passées par son auteur avec un tiers, qui se serait engagé à élever des constructions sur ce terrain, ou à y faire des travaux d'amélioration [6]. Il résulte même de ce principe que l'acquéreur d'un immeuble loué ne peut, en l'absence de cession spéciale, contraindre le preneur à l'exécution du bail [7]. Il en serait ainsi, alors même que le bail ayant

le preneur. Cette faculté, que l'acquéreur est admis à exercer, bien que son contrat d'acquisition ne la mentionne pas, lui appartient par cela même que le droit de propriété, dégagé, par l'effet de la stipulation dont s'agit, des entraves du bail, lui a été transmis sans restriction. Cpr. art. 1744 et suiv.

[2] Cpr. § 359 *bis*, texte n° 2 et note 35.

[3] Cpr. § 355, texte n° 1, notes 23 et 24 ; § 755, texte et note 12.

[4] A cet égard, il importe de remarquer que l'acquéreur d'une chose au sujet de laquelle son auteur avait passé une convention avec un tiers, est censé virtuellement subrogé aux droits résultant de cette convention, lorsque son contrat d'acquisition lui impose l'obligation de l'exécuter.

[5] Le successeur particulier ne pourrait, dans cette hypothèse, se prévaloir des dispositions de l'art. 1122. Ayant-cause de son auteur, quant à la chose même formant l'objet de son acquisition, il ne l'est plus, en ce qui concerne le bénéfice de droits ou d'actions qui, bien que nés de conventions passées au sujet de cette chose, ne se sont pas identifiés avec elle, et n'en sont pas devenus des accessoires. Il n'est, à ce point de vue, qu'un tiers, qui ne peut pas plus profiter de pareilles conventions, qu'elles ne peuvent lui être opposées. Art. 1165.

[6] Voy. en sens contraire : Toullier, VI, 424.

[7] Cette proposition ne paraît pas susceptible de difficulté, lorsque le bail n'est

acquis date certaine antérieurement à la vente, l'acquéreur se trouverait privé de la faculté d'expulser le preneur [8].

2° Un successeur n'acquiert pas, comme tel, des droits plus étendus ni plus solides que ceux dont jouissait son auteur. *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* [9].

De ce principe découlent les conséquences suivantes :

a. La convention par laquelle une personne aliène une chose dont elle n'a jamais été propriétaire, ou dont elle avait déjà antérieurement transféré la propriété, ne peut, par elle-même, préjudicier aux droits du légitime propriétaire ou du précédent acquéreur.

Cette conséquence s'applique non-seulement aux aliénations de propriété, mais à toute concession de droits réels, et même de droits personnels de jouissance. C'est ainsi que, dans le cas où la même chose a été successivement louée à deux personnes différentes, la préférence est due au preneur dont le bail est antérieur en date.

b. Un droit fondé sur un titre d'acquisition sujet à révocation, à annulation, ou à rescission, y reste en général soumis après sa transmission [10]. *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis. Revocatio, nullitas et rescissio operantur generaliter ex tunc.*

point opposable à l'acquéreur. Pothier, *Du contrat de louage*, n° 298. Duranton, XVII, 147. Zachariæ, § 183, texte et note 2. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, III, p. II, p. 199.

[8] En vain objecterait-on qu'entre l'acquéreur et le preneur il doit y avoir réciprocité de droits ; que l'acquéreur, succédant aux obligations de bailleur, et se trouvant, à ce titre, tenu de maintenir le bail, il doit, par cela même, pouvoir contraindre le preneur à l'exécuter. L'acquéreur, en effet, succède si peu aux obligations du bailleur que, lorsque ce dernier lui a laissé ignorer l'existence du bail, il a droit à une indemnité à raison du préjudice qui peut résulter pour lui de la nécessité de le maintenir, nécessité qui découle bien plutôt d'une extension donnée par les rédacteurs du Code à la maxime *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, que d'une prétendue subrogation aux obligations du bailleur. Cpr. § 369, texte et note 18. D'ailleurs, rien n'empêche que le bailleur ne puisse, même après la vente, renoncer au bénéfice du bail, sans s'exposer pour cela à des dommages-intérêts envers l'acquéreur. Or nous ne voyons pas à quel titre ce dernier serait autorisé à se prévaloir du bail passé par son auteur, alors qu'il ne succède pas aux obligations découlant de ce bail, et que, d'un autre côté, le bailleur, d'accord avec le preneur, reste le maître de le résilier. Voy. en sens contraire : Duranton et Zachariæ, *locc. citt.*

[9] LL. 54, 143, 175, § 1, et 177, D. *de R. J.* (50, 17). Art. 2182, al. 2. Code de procéd., art. 731, et arg. de ces articles.

[10] Voy. art. 954, 963, 1183, 1673 et 1681. Sous ce rapport le Droit français a

c. Un immeuble grevé de charges correspondantes à des droits réels, ou même à des droits personnels de jouissance résultant d'un bail ou d'un antichrèse, ne passe qu'avec ces charges entre les mains du successeur particulier auquel il est transmis. Ainsi, l'acquéreur d'un immeuble est tenu de respecter les servitudes établies et les baux consentis par le vendeur antérieurement à la vente. Art. 1743.

Le principe ci-dessus posé est soumis à une double série d'exceptions.

Les exceptions de la première série sont corrélatives aux modifications que reçoit le principe suivant lequel les conventions sont par elles-mêmes translatives de droits, non-seulement entre les parties, mais même au regard des tiers, modifications qui ont déjà été exposées au § 174[11].

Les exceptions de la seconde série se rattachent aux cas où, par exception à la règle *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, des droits révocables avant leur transmission deviennent irrévocables entre les mains du successeur particulier auquel ils ont été transmis. Il en est ainsi, quand exceptionnellement la révocation a lieu, non pas *ex tunc*, mais *ex nunc tantum*, c'est-à-dire sans rétroactivité. Cpr. art. 132 et 958.

Quant aux causes qui peuvent entraîner, au profit de l'acquéreur, l'extinction, soit de certaines charges dont la chose à lui transmise était grevée, soit de certaines éventualités de résolution qui pesaient sur le droit de son auteur, elles ne constituent pas, à vrai dire, des exceptions à la maxime *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*[12].

Les dispositions des art. 1141 et 2279, 2239 et 2265 ne doivent pas davantage être considérées comme consacrant des exceptions à cette maxime[13].

donné à la maxime *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, plus d'extension qu'elle n'avait en Droit romain, notamment en ce qui concerne les actions rescissoires. Cpr. § 336, texte n° 1, et notes 1 à 3.

[11] Dans les hypothèses auxquelles se rapportent ces modifications, le successeur particulier acquiert, en cette qualité, des droits dont son auteur s'était précédemment dépouillé, ou reçoit la chose à lui transmise libre de charges que ce dernier avait établies.

[12] Cpr., par exemple, Code de procéd., art. 717, al. 2 et 3. En effet, le successeur ne tient pas de son auteur le bénéfice de l'extinction des charges ou de l'éventualité de résolution dont il s'agit dans cet article. Ce bénéfice, qui lui appartient en son nom personnel, est attaché à la nature de son titre d'acquisition.

[13] C'est à tort que Zachariæ (§ 181, texte, *in fine*) paraît admettre le contraire.

§ 176 *bis*.

De la position des successeurs particuliers, en ce qui concerne les obligations de leur auteur.

1° Le successeur particulier n'est pas, de plein droit et comme tel, tenu des obligations personnelles qui grevaient la personne et le patrimoine de son auteur [1]. Ce principe s'applique même aux obligations contractées par rapport à la chose formant l'objet de la transmission. De là découlent entre autres les conséquences suivantes :

a. L'acquéreur d'une chose donnée à bail par le vendeur, n'est pas tenu des obligations résultant du bail, et cela dans le cas même où il serait privé de la faculté d'expulser le preneur [2].

b. Lorsque, par une convention autre qu'un bail ou qu'une antichrèse, le propriétaire d'un immeuble a concédé sur cet immeuble des droits d'usage ou de jouissance, qui ne constituent pas des servitudes personnelles, et qui, établies non au profit d'un fonds, mais en faveur d'une personne, ne revêtent pas non plus le caractère de servitudes réelles, cette concession n'est pas obligatoire pour le successeur particulier [3].

c. La convention par laquelle une personne s'est obligée envers une autre de lui donner, pour le cas où elle vendrait un certain immeuble, la préférence à prix égal, n'est pas opposable au successeur particulier [4].

d. L'acquéreur d'un immeuble n'est pas, en sa seule qualité de successeur, tenu de l'action paulienne à laquelle se trouvait soumis son auteur ; il n'en devient passible qu'autant que les condi-

---

Il est, en effet, évident que, dans les cas auxquels s'appliquent les articles cités au texte, il s'agit d'avantages que le successeur ne tient pas de son auteur, mais qui sont attachés à sa possession personnelle.

[1] Art. 871 et arg. de cet article *Non obstat*, art. 2092. Si, d'après cet article, tous les objets composant le patrimoine d'une personne forment le gage de ses créanciers, il n'en est ainsi qu'en tant que ces objets ont, par rapport au débiteur, le caractère de biens. Or, l'aliénation leur faisant perdre ce caractère, ils cessent, par ce fait même, d'être soumis au droit de gage établi par l'article précité.

[2] Cpr. § 176, texte n° 1, notes 7 et 8 ; § 369, texte et note 18.

[3] On peut donner pour exemple le cas où le propriétaire d'un fonds aurait concédé à un tiers, pour son avantage personnel, le droit de s'y promener ou d'y cueillir des fruits. L. 8, *proe.*, D. *de serv.* (8, 1). Toullier, III, 586 et 587.

[4] Cpr. § 352, texte et note 3.

tions requises pour son exercice se rencontrent également dans sa personne [5].

e. L'action possessoire qui compétait à un tiers à raison d'une usurpation de terrain, ne peut, en ce qui concerne le chef des dommages-intérêts, être exercée contre le successeur particulier, qui a pris possession du terrain usurpé par son auteur [6].

2° Nonobstant le principe posé en tête de ce paragraphe, le successeur particulier peut se trouver indirectement soumis à la nécessité d'acquitter les obligations contractées par son auteur, dans le cas où, faute de le faire, il serait exposé à perdre la chose par lui acquise. C'est ainsi que le tiers-acquéreur d'un immeuble hypothéqué, qui n'a pas rempli les formalités de la purge, et qui ne veut pas délaisser cet immeuble, est tenu, pour en éviter l'expropriation, d'acquitter toutes les dettes hypothécaires qui le grèvent. Art. 2167. C'est ainsi encore que le sous-acquéreur d'un immeuble, dont le prix est encore dû au vendeur originaire, est tenu de payer ce prix, pour éviter l'action en résolution compétant à ce dernier.

V. DE LA POSSESSION ET DES ACTIONS POSSESSOIRES.

SOURCES. Code Napoléon, art. 2228 à 2235. Code de procédure, art. 23 à 27. Loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix, art. 6. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité de la possession*, par Pothier. *Die Lehre vom Besitze, nach den Grundsätzen des französichen Civilrechts*, par Planck; Gœttingen 1811, 1 vol. in-8°. *Dissertatio de jure possessionis*, par Rauter; Strasbourg 1812, in-4°. *Traité des actions possessoires*, par Aulanier; Paris 1829, 1 vol. in-8°. *Traité du droit de possession et des actions possessoires*, par Bélime; Paris 1842, 1 vol. in-8°. *Théorie des actions possessoires*, par Crémieu; Paris 1846, 1 vol. in-8°. *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, par Bruns; Tübingen 1848, 1 vol. in-8°; et le compte rendu de cet ouvrage par de Parieu, *Revue de législation*, 1851, II, p. 175. *Histoire de la possession et des actions possessoires en Droit français*, par Alauzet; Paris 1849, 1 vol. in-8°. *Études historiques et critiques sur les actions possessoires*, par de Parieu; Paris 1850, 1 vol. in-8°; et le compte rendu de cet ouvrage par Benech, *Revue critique*, 1854, IV, p. 377. *Traité de la possession*, par Molitor; Paris 1851, 1 vol. in-8°. *Traité de la possession et des actions posses-*

[5] Cpr. § 313, texte, notes 19, 20 et 32.
[6] Cpr. § 187, texte n° 1, *in fine*; § 189, texte et note 15.

soires, par Garnier ; Paris 1847 à 1852, 2 vol. in-8°. *Origine de la possession annale*, par Smith ; Lyon 1854, 1 vol. in-8°. *Traité théorique et pratique des actions possessoires*, par Carou, 3e édit.; Paris 1857, 1 vol. in-8°. *Études sur la possession et les actions possessoires*, par Marinier ; *Revue critique*, 1859, XIV, p. 78 et suiv., p. 131 et suiv., p. 344 et suiv.; XV, p. 542.

A. *De la possession.*

§ 177.

Notion de la possession.

L'exercice de droits quelconques sur des objets extérieurs consiste, soit dans des actes matériels d'usage, de jouissance, ou de transformation, soit dans des actes juridiques d'administration, ou de disposition.

On appelle *possession,* dans le sens le plus large de cette expression, l'état ou la relation de fait qui donne à une personne la possibilité physique, actuelle et exclusive, d'exercer sur une chose des actes matériels d'usage, de jouissance, ou de transformation.

Quant aux actes juridiques d'administration, ou de disposition, l'exercice n'en est pas nécessairement lié au fait de la possession, le propriétaire d'une chose pouvant la vendre ou la louer, alors même qu'elle est détenue ou possédée par un tiers.

Lorsqu'une personne tient de fait une chose sous sa puissance, sans avoir l'intention de la soumettre à l'exercice d'un droit réel, ce fait prend plus particulièrement le nom de *possession naturelle* ou de *détention.* La détention ne produit par elle-même aucun effet juridique. Si le détenteur est autorisé à repousser par la force les actes aggressifs dirigés contre la chose qu'il détient, et à demander, au moyen de la réintégrande, la restitution de cette chose, lorsqu'il en a été dépouillé par voies de fait, sa détention n'est cependant que l'occasion et non la cause de ces droits, dont le premier dérive du principe de la légitime défense [1], et le second de considérations d'ordre public [2] (*Spoliatus ante omnia restituendus*). Si, d'un autre côté, le détenteur jouit en certains cas de la faculté de retenir la chose qu'il détient, et d'en refuser la restitution jusqu'au remboursement de ce qui peut lui être dû à l'occa-

[1] Cpr. Code pénal, art. 322, 328 et 329.
[2] Voy. sur la réintégrande : §§ 183 et 189.

sion de cette chose, il ne puise pas cette faculté dans la détention même, mais dans une créance dont l'origine se rattache à cette détention [3].

Lorsqu'une personne tient une chose sous sa puissance, avec l'intention de la soumettre à l'exercice d'un droit de propriété (*animo sibi habendi*), ce fait constitue la *possession* proprement dite, dans le sens juridique du mot.

A côté de la possession proprement dite, le Droit romain avait déjà admis une quasi-possession, qui s'appliquait notamment aux servitudes personnelles ou réelles, et qui consistait dans le fait de l'exercice de la servitude, accompagné de l'intention de l'exercer à titre de droit [4].

Le Code Napoléon ayant réuni ces deux états de fait sous la dénomination commune de *possession*, on peut, d'après notre Droit, définir la possession, le fait de celui qui, voulant qu'une chose soit soumise en sa faveur à un droit de propriété, ou à un droit réel de servitude, de jouissance, ou d'usage, détient cette chose, ou exerce ce droit. Art. 2228.

On peut posséder par soi-même ou par autrui, en ce sens que, pourvu qu'une personne ait elle-même l'intention de posséder, un tiers peut détenir la chose, ou exercer la servitude pour le compte de cette personne [5]. Art. 2228.

Quoique la possession ne constitue qu'un état de fait, la loi y attache cependant certains effets juridiques. Ces effets ne sont pas subordonnés à l'existence réelle du droit que le possesseur prétend exercer. Ils sont même, en général, indépendants de la croyance de ce dernier en ce qui touche la légitimité de ses prétentions, c'est-à-dire, en d'autres termes, de sa bonne foi ou de sa mauvaise foi. Les seules circonstances qui puissent, sous certains rapports, former obstacle à l'efficacité de la possession, sont les vices de précarité, de clandestinité et de violence [6]. La nature

[3] Voy. sur le droit de rétention : § 256 *bis*.

[4] L. 20, D. *de servit.* (8, 1). L. 3, § 17, D. *de vi et vi arm.* (43, 16). L. 2, § 3, D. *de prec.* (43, 26). L. 10, C. *de acq. poss.* (7, 32). Gaius, IV, 139.

[5] Il est même des cas exceptionnels où l'intention dans la personne du possesseur, peut être remplacée par celle de son représentant. Cpr. § 179, texte nº 1, notes 11 et 12.

[6] Les jurisconsultes romains appelaient *justa*, la possession exempte des vices de précarité, de clandestinité et de violence, et *injusta*, celle qui était entachée de l'un ou de l'autre de ces vices. L. 1, § 9, et L. 2, D. *uti poss.* (43, 17). Les rédacteurs du Code Napoléon se sont servis, dans l'art. 1402, des termes *posses-*

de ces vices et leur influence, absolue ou relative, sur l'efficacité de la possession seront expliquées au § 180.

C'est en considérant la possession comme la cause génératrice des effets juridiques qui y sont attachés, que certains auteurs lui attribuent le caractère d'un droit. A notre avis, la possession ne constitue pas un droit *sui generis*. Ce que la loi protége et garantit, c'est bien moins la possession elle-même, que le droit probable de propriété ou de servitude dont celle-ci fait supposer l'existence[7].

On ne pourrait attribuer à la possession le caractère d'un droit, qu'en la rattachant à la personnalité de l'homme, dont elle est une manifestation. Mais, à ce point de vue même, elle ne serait toujours u un droit dérivé de cette personnalité, et non un droit subsistant par lui-même, comme la propriété ou les servitudes[8]. D'ailleurs, cette manière d'envisager la possession, suffisante peut-être pour expliquer les interdits possessoires du Droit romain, n'est évidemment pas celle qui a servi de point de départ à la théorie du Droit français sur la possession et les actions possessoires, et ne donnerait pas la raison de la condition d'annalité, à laquelle l'admission de ces actions est en général subordonnée.

§ 178.

Des objets susceptibles de possession ou de quasi-possession.

La possession proprement dite ne s'applique qu'aux choses corporelles[1]. Mais aussi se comprend-elle pour toutes les choses de cette nature qui sont susceptibles de propriété[2].

Les objets incorporels ne sont susceptibles que d'une quasi-possession. Encore la quasi-possession n'est-elle pas admise pour tous les objets incorporels indistinctement. Elle ne s'applique,

sion légale, pour rendre l'idée qu'on exprimait en Droit romain par les mots *possessio justa*.

[7] Voy. dans ce sens : Thibaut, *System*, I, § 297 ; Troplong, *De la prescription*, 1, 237. Cpr. Bélime, nos 12 à 15.

[8] Puchta, *Institutionen*, II, § 231.

[1] *Possideri autem possunt, quæ sunt corporalia.* L. 3, *proe.*, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). Voy. aussi L. 4, § 27, D. *de acq. rer. dom.* (41, 1).

[2] Les choses corporelles, susceptibles de propriété, peuvent, quoique placées hors du commerce, former de fait l'objet d'une véritable possession. Seulement cette possession est-elle destituée de toute efficacité juridique, par cela même qu'elle s'applique à des objets placés hors du commerce. Cpr. § 185, texte no 1 et note 4.

d'après la législation actuelle, qu'aux droits réels immobiliers de servitude, de jouissance, ou d'usage; qui seront indiqués au § 186, comme pouvant donner lieu à une action possessoire.

Ainsi les créances, de quelque nature qu'elles soient, à l'exception cependant de celles qui se trouvent constatées par des titres au porteur [3], ne sont susceptibles, ni de possession, ni de quasi-possession [4]. C'est ce qui a lieu notamment pour les rentes foncières [5], et pour les rentes sur l'État ou les actions de la banque de France, fussent-elles immobilisées [6]. Il en est de même des droits simplement personnels de jouissance, bien qu'ils portent sur des immeubles.

Ainsi encore les universalités de droit, l'hérédité par exemple, ne sont comme telles, c'est-à-dire comme objets incorporels, susceptibles, ni de possession, ni de quasi-possession.

La saisine héréditaire, admise en Droit français en faveur des héritiers du sang, et, en certains cas, des légataires ou donataires universels, quoique portant sur tous et chacun des objets compris dans l'hérédité, ne produit cependant les effets propres à la possession, que relativement aux objets particuliers que le défunt possédait lui-même [7].

§ 179.

De l'acquisition et de la perte de la possession.

1° De la possession proprement dite.

a. L'acquisition de la possession s'opère par le concours des deux éléments qui la constituent. En d'autres termes, la posses-

[3] Cpr. § 183, texte n° 3, et note 20.

[4] *Non obstat* art. 1240. Les expressions *possesseur de la créance* sont employées dans cet article comme synonymes des termes *titulaire apparent de la créance*. Cpr. § 317, texte n° 1, notes 14 et 15.

[5] Dans notre ancien Droit, les rentes foncières étaient susceptibles de possession, et le trouble apporté à leur jouissance pouvait donner lieu à l'action possessoire. Coutume de Paris, art. 96 et 98. Ordonnance de 1667, tit. XVIII, art. 1. Mais aujourd'hui que ces rentes ne constituent que des créances mobilières, elles ne pourraient plus, alors même qu'elles auraient été créées sous l'empire du Droit ancien, former l'objet d'une action possessoire. Bélime, n° 283. Civ. rej., 29 juillet 1828, Sir., 28, 1, 317. Civ. cass., 11 février 1833, Sir., 33, 1, 183.

[6] Bélime, n° 276.

[7] Les expressions *possession de l'hérédité*, dont on se sert quelquefois, et que nous avons nous-mêmes employées, s'appliquent bien moins à l'hérédité considérée comme universalité de droit, qu'aux biens qui en dépendent. C'est ainsi que

sion d'une chose corporelle est acquise à une personne, du moment où existe pour elle la possibilité actuelle et exclusive d'agir matériellement sur cette chose (*corpus*), et qu'elle a manifesté l'intention de la garder comme sienne (*animus*)[1].

On nomme appréhension, le fait par lequel une personne obtient la possibilité actuelle et exclusive d'agir matériellement sur une chose. Cette possibilité, qui peut résulter de diverses circonstances ou situations physiques, suffit (*quoad corpus*) pour l'acquisition de la possession, quelle que soit d'ailleurs la nature particulière des faits au moyen desquels elle a été obtenue. C'est ainsi qu'on peut prendre possession d'un fonds, sans se transporter sur ce fonds, et d'une chose mobilière, sans la toucher[2]. Toutefois, des faits qui constitueraient par eux-mêmes des délits de Droit criminel contre la propriété, ou qui auraient été réprimés par un jugement, comme attentatoires à la possession d'un tiers, seraient inefficaces pour l'acquisition de la possession[3].

Lorsque l'appréhension a lieu par un fait unilatéral du nouveau possesseur, elle s'appelle *occupation*. Quand elle s'opère avec le concours de l'ancien possesseur qui abandonne sa possession, on la nomme *tradition*, ou *délivrance*.

L'appréhension peut avoir lieu, non-seulement par la personne qui veut acquérir la possession, mais encore par le ministère d'un tiers, agissant au nom de cette personne, par exemple, par un représentant légal, un mandataire conventionnel, ou même un simple *negotiorum gestor*[4].

L'intention de garder une chose comme sienne, doit se manifester par un acte extérieur. Cet acte consiste d'ordinaire dans

si nous disons au § 609, que la propriété et la possession de l'hérédité passent de plein droit aux héritiers du défunt, cela doit s'entendre en ce sens que la propriété des objets composant l'hérédité et la possession de ceux que le défunt possédait, passent de plein droit à ses héritiers. D'un autre côté, on désigne encore par la locution *possession de l'hérédité*, la situation de fait de celui qui, se trouvant en possession de tout ou partie des objets héréditaires, prétend à la qualité d'héritier, et se gère comme tel. Cpr. L. 9, D. *de hæred. petit.* (5, 3).

[1] *Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore.* L. 3, § 1, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2).

[2] L. 1, § 21, L. 18, § 2, L. 51, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). L. 74, D. *de cont. emp.* (18, 1). L. 79, D. *de solut.* (46, 3).

[3] Bélime, nos 73 et 74. Civ. cass., 31 août 1842, Sir., 42, 1, 817. Cpr. § 185, texte no 2 et note 20.

[4] L. 2, L. 18, *proe.*, L. 51, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). L. 41, D. *de usur. et usucap.* (41, 3). L. 1, C. *de acq. poss.* (7, 32).

l'appréhension même, au moyen de laquelle se matérialise en quelque sorte l'intention de s'approprier la chose. Mais cette intention peut également se révéler par une convention ou un autre acte juridique (*negotium juridicum*), par exemple, au moyen des faits conventionnels connus sous le nom de tradition *brevi manu*, et de constitut possessoire.

Il y a tradition *brevi manu* lorsque, par suite d'une convention intervenue entre le simple détenteur d'une chose et celui pour le compte duquel s'exerçait la possession, le premier cesse de posséder pour autrui, et commence à posséder en son propre nom [5]. C'est ce qui a lieu, par exemple, dans le cas où le bailleur passe au preneur vente de la chose louée.

Le constitut possessoire s'établit par une convention en sens inverse, c'est-à-dire par une convention en vertu de laquelle le possesseur d'une chose cesse de la posséder en son propre nom, et commence à la posséder pour le compte d'autrui [6]. Il en est ainsi notamment dans le cas où le propriétaire, en aliénant sa chose, s'en réserve la jouissance à titre d'usufruit ou de bail.

Dans le système du Code Napoléon, d'après lequel tout acte translatif de propriété la transfère indépendamment de la tradition, on doit attacher aux actes de cette nature un effet analogue à celui du constitut possessoire proprement dit, en ce sens que l'ancien propriétaire, quoique n'ayant point encore livré la chose par lui aliénée, cesse, par le fait même de l'aliénation, de la posséder pour son propre compte, et ne la détient plus que pour le compte du nouveau propriétaire [7].

A la différence de l'appréhension, qui peut toujours avoir lieu par le ministère d'un tiers, l'intention de posséder doit en général exister dans la personne du possesseur lui-même [8]. Elle se manifeste suffisamment et d'avance par le mandat donné à un tiers de prendre possession, et, dans ce cas, le mandant acquiert la possession dès l'instant où le mandataire a appréhendé la chose pour

[5] L. 9, § 5, D. *de acq. rer. dom.* (41, 1). L. 9, § 9, D. *de reb. cre.* (12, 1).

[6] L. 18, *proe.*, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). L. 77, *de rei vind.* (6, 1). Riom, 28 mai 1810, Sir., 11, 2, 322.

[7] Arg., art. 1136 à 1138 et 1583. Troplong, *De la prescription*, I, 251. Duranton, XXI, 197. Taulier, VII, p. 489. Cpr. Lyon, 8 décembre 1838, Sir., 39, 2, 538. Voy. cep. Bélime, nº 46 ; Delvincourt, II, p. 656.

[8] ***Possessionem acquirimus et animo et corpore : animo utique nostro, corpore, vel nostro, vel alieno. Paul. Sent., lib. V*** (2, 1). Cpr. L. 3, § 12, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2).

le compte de celui-ci [9]. Que si un tiers avait appréhendé une chose pour le compte d'autrui, sans en avoir reçu le mandat, la possession serait acquise à celui au nom duquel l'appréhension a eu lieu, du moment où il aurait ratifié le fait du *negotiorum gestor* [10].

Lorsqu'il s'agit d'individus placés en tutelle, ou de personnes morales, il suffit que l'intention requise pour l'acquisition de la possession soit manifestée par leurs tuteurs [11], ou par leurs représentants légaux [12].

b. La possession se perd par la cessation de l'un ou de l'autre des éléments dont elle suppose le concours. La persistance isolée d'un seul de ces éléments ne suffit pas pour la conserver. Toutefois, le possesseur ne doit pas être considéré comme ayant cessé de posséder par cela seul, qu'à tel moment donné, il ne se trouverait plus en situation d'exercer des actes matériels sur la chose, ou que du moins il ne songerait pas à le faire. La possession ne se perd que par la survenance d'un fait, ou d'une volonté contraire, soit à l'acte matériel, soit à l'intention, par le concours desquels elle a été acquise. *Corporis vel animi in contrarium actus* [13]. En d'autres termes, la possession ne se perd que par la volonté

[9] L. 13, *proe.*, D. *de acq. rer. dom.* (41, 1). L. 1, § 5, L. 42, § 1, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). Il est toutefois à remarquer qu'en Droit romain la possession ainsi acquise ne devenait utile pour l'usucapion qu'à dater du jour où le mandant avait obtenu connaissance de l'appréhension faite par le mandataire. L. 47, D. *de usurp. et usucap.* (41, 3). L. 2, § 11, D. *pro emt.* (41, 4). L. 1, C. *de acq. et ret. poss.* (7, 32). Mais la décision de ces lois, qui se rattachait à la distinction de la possession *ad interdicta* et de la possession *ad usucapionem*, ne semble pas devoir être suivie chez nous.

[10] L. 42, § 1, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). Pothier, nº 53. Suivant Bélime (nº 92), la ratification aurait, même au point de vue de la possession, un effet rétroactif. Mais c'est là une erreur : si l'on comprend la rétroactivité de la ratification, quand il s'agit de l'acquisition d'un droit, il n'est plus possible de l'admettre en matière d'acquisition de possession, puisque la possession suppose l'intention de posséder, et que cette intention ne saurait exister avant la connaissance acquise de l'appréhension faite par un tiers pour notre compte.

[11] Arg., art. 450. Cpr. L. 1, § 20, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). L. 13, § 1, D. *de acq. rer. dom.* (41, 1).

[12] Cpr. L. 1, § 22, L. 2, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2).

[13] *Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, quum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.* L. 153, D. *de R. J.* (50, 17). Cpr. L. 8, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2).

de l'abandonner, ou par un obstacle matériel qui rend impossible le rétablissement à volonté de l'état de choses qui la constituait.

Cette dernière idée ne doit même pas être appliquée d'une manière absolue : il faut, à cet égard, admettre les distinctions suivantes.

La possession des choses mobilières se perd, dès qu'elles ont cessé d'être en notre pouvoir ou sous notre garde. Elle se perd, en particulier, en ce qui touche les animaux sauvages, dès qu'ils ont recouvré leur liberté naturelle, et en ce qui concerne les abeilles et les pigeons, lorsqu'ils ont perdu l'habitude de revenir à la ruche ou au colombier [14] (*consuetudo revertendi*).

En matière immobilière, la possession se conserve *solo animo*, en ce sens qu'elle ne se perd pas par la seule circonstance que le possesseur se serait volontairement abstenu, pendant un certain temps, de tous actes matériels de possession [15], ou qu'il se serait trouvé, soit par suite d'éloignement, soit à raison de la nature de l'immeuble, dans l'impossibilité d'exercer de pareils actes [16].

Il y a mieux, la possession n'est pas perdue par cela seul qu'un tiers s'est emparé de l'immeuble [17]. D'après notre Droit, elle ne se perd qu'autant que l'occupation par un tiers a duré plus d'une année. Art. 2243. Mais lorsque l'ancien possesseur a laissé passer ce terme sans rentrer en jouissance, ou sans former l'action possessoire, il doit être considéré comme ayant perdu la possession,

[14] L. 3, §§ 14 à 15, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2).

[15] *Licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest.* L. 4, C. *de acq. vel ret. poss.* (7, 32). Dunod, *Des prescriptions*, part. I, chap. IV, p. 17. Pothier, nº 64. Merlin, *Rép.*, vº Prescription, sect. I, § 5, art. 3, nº 3. Troplong, *De la prescription*, I, 263 et 264. L'absence d'actes matériels peut sans doute, lorsqu'elle a duré un certain temps, fournir un indice de la volonté d'abandonner la possession. Mais c'est à tort que certains docteurs (voy. Dunod, *op. et loc. citt.*) ont voulu établir à cet égard une sorte de présomption légale, d'après laquelle la possession se conserverait par la seule intention pendant dix années, et devrait, après ce terme, être réputée abandonnée. Il n'y a là, en effet, qu'une question de fait, dont la solution est, de sa nature même, abandonnée à l'appréciation du juge, qui, suivant les circonstances, peut considérer l'ancien possesseur, soit comme ayant renoncé à la possession, quoiqu'il ne se soit pas encore écoulé dix ans depuis le dernier acte matériel exercé sur la chose, soit comme ayant conservé l'intention de posséder, bien que le dernier acte de possession matérielle remonte à plus de dix années. Bélime, nºs 102 et 103. Troplong, *op. cit.*, I, 238.

[16] L. 3, § 11, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2).

[17] L. 3, § 7, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2).

qu'il ait connu ou qu'il ait ignoré l'usurpation[18], et ce encore bien qu'il ait manifesté par des actes juridiques, par exemple, par le paiement des contributions, l'intention de s'y maintenir[19].

Les événements de la nature qui, tels qu'une simple inondation, n'opposent qu'un obstacle temporaire à l'exercice d'actes matériels sur la chose possédée, n'ont pas pour conséquence d'en faire perdre la possession[20]. Cette perte ne résulte que d'événements qui anéantissent complétement la substance de cette chose, ou qui font passer ce qui en reste dans le domaine public, ainsi que cela a lieu pour les terrains sur lesquels un fleuve se creuse un nouveau lit.

2° *De la quasi-possession.*

Les règles exposées au n° 1er sur l'acquisition ou la perte de la possession proprement dite, s'appliquent également à l'acquisition ou à la perte de la quasi-possession des servitudes personnelles.

a. La quasi-possession des servitudes réelles, continues et apparentes, s'acquiert par l'établissement de l'état de choses que supposent l'existence et l'exercice de la servitude. Cpr. art. 688.

La quasi-possession des servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, s'acquiert par l'exercice des actes ou faits de l'homme qui la constituent. Cpr. art. 688.

Il importe cependant, pour la saine application de ces principes, qui ne concernent que les servitudes affirmatives, de remarquer, que si le propriétaire de l'héritage au profit duquel une pareille servitude a été constituée, ne peut pas se dire en possession de cette servitude, tant qu'elle n'a pas été exercée, et que, si jusque-

[18] Bélime, nos 95 et 96. Civ. rej., 12 octobre 1814, Sir., 15, 1, 124. — D'après le Droit romain, la possession se conservait jusqu'au moment où le possesseur avait eu connaissance de l'usurpation, et ne se perdait que lorsque, après avoir obtenu cette connaissance, il ne faisait aucune tentative pour rentrer dans la jouissance de sa chose. L. 3, §§ 7 et 8, L. 6, § 1, et L. 7, L. 25, § 2, L. 46, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). Dans ce système de législation, il n'y avait pas de terme fixe pour la perte de la possession par l'usurpation d'un tiers.

[19] Req. rej., 20 mai 1851, Sir. 51, 1, 812.

[20] *Non obstant*, L. 3, § 17 et L. 30, § 3, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). Paul, dans ces deux lois, a évidemment en vue, non une simple inondation, mais l'occupation définitive d'un terrain par la mer ou par un fleuve. Maleville, sur l'art. 2243. Vazeille, *Des prescriptions*, 1, 179. Bélime, n° 104. Demolombe, X, 174. Amiens, 17 mars 1825, Dalloz, 1828, 1, 341. Voy. en sens contraire : Dunod, *op. cit.*, part. I, chap. IX, p. 54.

là, le propriétaire de l'héritage grevé jouit en fait de la liberté de cet héritage, le Code Napoléon ne reconnaît cependant pas cette jouissance (*possessio libertatis*) comme constituant une possession de nature à fonder l'action possessoire[21].

Quant aux servitudes négatives, la quasi-possession s'en établit par l'abstention, de la part du propriétaire de l'héritage servant, des actes de la nature de ceux que le titre constitutif de la servitude lui interdit[22].

b. La quasi-possession des servitudes continues et apparentes se perd, lorsque, par le fait de l'homme, il a été opéré, dans le fonds

[21] Ainsi que nous l'établirons au § 255, le Code Napoléon ne reconnaît, en matière d'extinction de servitudes, que la prescription résultant du non-usage pendant trente ans. Art. 706. Or, cela ne pent s'expliquer que par la proposition énoncée au texte. En effet, si le seul fait du non-exercice de la servitude constituait, pour le propriétaire de l'héritage servant, une possession utile de liberté, la continuation de cette possession devrait, au bout de dix à vingt ans, entraîner usucapion de la franchise, au profit du tiers acquéreur avec juste titre et bonne foi ; et, par cela même qu'il n'en est point ainsi, la simple jouissance annale de liberté ne peut pas davantage fonder une action possessoire à l'effet de s'y faire maintenir. La définition que l'art. 2228 donne de la possession, vient d'ailleurs à l'appui de cette manière de voir, puisqu'il n'est pas possible de dire que celui qui jouit en fait de la liberté de son héritage, exerce pour cela un droit spécial, formant l'objet d'une possession distincte de celle de l'héritage même. Bélime (nº 160) enseigne cependant une doctrine contraire, et va même jusqu'à dire que celui qui a constitué une servitude, peut, lorsque depuis son établissement il s'est écoulé plus d'une année sans qu'elle ait été exercée, intenter une action en complainte à raison de faits qui n'en seraient que l'exercice. Si, dit-il, le défaut d'exercice de la servitude en fait perdre la quasi-possession au propriétaire de l'héritage dominant, et en entraîne l'extinction au bout de trente ans, le même fait négatif doit avoir pour conséquence de faire acquérir au propriétaire de l'héritage servant une possession contraire de liberté, possession qui, continuée pendant une année, donne ouverture à l'action possessoire. Mais, en raisonnant ainsi, l'auteur a perdu de vue que l'extinction des servitudes par le non-usage pendant trente ans, n'est, comme il l'avait lui-même établi au numéro précédent, que le résultat d'une prescription purement extinctive, qui n'implique aucune idée de possession de la part de celui au profit duquel elle s'accomplit.

[22] Une pareille abstention, rapprochée du titre constitutif de la servitude, ne peut plus être considérée comme le non-exercice volontaire d'une faculté. Résultat de la nécessité que la servitude imposait au propriétaire du fonds grevé, cet état d'abstention réalise par cela même l'exercice de la servitude. Autrement on serait conduit à dire que les servitudes négatives se prescrivent par trente ans, à dater du titre qui les constitue, quoiqu'il n'ait été fait aucun acte contraire à la servitude, et cette conséquence n'est pas admissible en présence de l'art. 707. Demolombe, XII, 950. Civ. cass., 15 février 1841, Sir., 41, 1, 193. Voy. en sens contraire : Bélime, nº 265.

dominant, des changements qui ont fait disparaître l'état de choses constitutif de la servitude, ou qu'il a été établi, sur le fonds servant, des empêchements à son exercice. Cpr. art. 703 à 707.

Les événements de la nature qui, survenus soit dans le fonds dominant, soit dans le fonds servant, formeraient obstacle à l'exercice actuel d'une servitude continue et apparente, en font également perdre la quasi-possession, à moins qu'il ne reste des vestiges de l'état de choses constitutif de la servitude, auquel cas la possession se conserve par l'existence même de ces vestiges [23].

La quasi-possession des servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, se perd par le fait même de la cessation volontaire des actes ou faits de l'homme qui la constituent, et, à plus forte raison, par des changements opérés soit dans le fonds dominant, soit dans le fonds servant, qui formeraient obstacle à l'exercice de la servitude, à moins cependant que cet exercice ne

[23] La question de savoir si la quasi-possession des servitudes peut ou non se conserver par des vestiges de l'état des choses qui les constituait, divise les auteurs modernes. Les dissidences qui se sont produites à cet égard, proviennent surtout de la fausse entente de quelques lois romaines relatives à l'*usucapio libertatis*, en matière de servitudes urbaines, dont nous expliquerons le véritable sens, en nous occupant des modes d'extinction des servitudes. Voy. L. 6, D. *de serv. præd. urb.* (8, 1); L. 18, § 2, *quemad. serv. amitt.* (8, 6). A notre avis, la quasi-possession d'une servitude continue et apparente, qui a été supprimée par le fait du propriétaire de l'héritage dominant, ou dont l'exercice a été empêché par des actes contraires émanés du propriétaire de l'héritage servant, ne se conserve pas par de simples vestiges de l'état de choses constitutif de la servitude. Mais il en est autrement, lorsque l'obstacle qui s'oppose, pendant un temps plus ou moins long, à l'exercice de la servitude, provient d'un événement de la nature. En pareil cas, le non-usage de la servitude étant complétement indépendant de la volonté du propriétaire de l'héritage dominant, la quasi-possession en est conservée, autant qu'elle peut l'être, par le maintien de vestiges, d'ailleurs non équivoques, qui attestent et l'existence de la servitude et l'intention d'en user dès que les circonstances le permettront. Restreinte à cette hypothèse, la maxime *Per signum retinetur signatum*, suivie par nos anciens auteurs, nous paraît parfaitement exacte. Cpr. D'Argentré sur les art. 266, 271 et 368 de la coutume de Bretagne; Dunod, *Des prescriptions*, part. I, chap. IV, p. 19, et part. III, chap. VI, p. 295 et 296; Duparc-Poulain, liv. III, chap. XVII, n° 30; Julien, *Statuts de Provence*, II, p. 555, n° 27; Toullier, III, 709; Vazeille, *Des prescriptions*, I, 421 à 425; Troplong, *De la prescription*, I, 343 et 344; Bélime, n° 161; Req. rej., 28 novembre 1839, Sir., 39, 1, 47. Voy. cep. Pardessus, *Des servitudes*, II, 308; Duvergier sur Toullier, II, 709; Demolombe, XII, 1012; Civ. rej., 14 mars 1854, Sir., 54, 1, 396; Req. rej., 4 février 1856, Sir., 56, 1, 433.

fût devenu impossible que par un événement de la nature, auquel cas la quasi-possession de la servitude se conserverait par des vestiges non équivoques de son existence [24].

Toutefois, il convient de placer ici une remarque analogue à celle que nous avons faite à l'occasion de l'acquisition de la quasi-possession des servitudes affirmatives. Si, par la cessation de l'exercice de la servitude, le propriétaire de l'héritage dominant en perd la possession, et si, par suite, le propriétaire de l'héritage servant recouvre en fait la jouissance de la franchise de son héritage, cette jouissance ne constitue cependant pas en sa faveur une possession utile [25].

Enfin, la quasi-possession des servitudes négatives se perd par des actes contraires à la servitude.

Du reste, la quasi-possession des servitudes, comme la possession des choses corporelles, n'est en règle définitivement perdue, que lorsque l'exercice de la servitude a été interrompu pendant une année au moins. Si, cependant, l'impossibilité d'exercer la servitude provenait d'un changement opéré par le propriétaire du fonds dominant, la possession se perdrait immédiatement, et par le fait même de ce changement.

Quant au point de départ de l'année au bout de laquelle la quasi-possession d'une servitude discontinue est censée définitivement perdue, il ne saurait être convenablement fixé au dernier acte d'exercice de la servitude. S'il peut en être ainsi des servitudes de nature à s'exercer journellement, il en est autrement de celles qui ne s'exercent qu'à des intervalles périodiques plus ou moins éloignés, telle, par exemple, qu'une servitude de passage pour l'exploitation des coupes d'une forêt. Pour les servitudes de ce genre, l'année ne commence à courir que du jour où le proprié-

[24] Pour refuser aux vestiges toute efficacité, en ce qui concerne du moins les servitudes discontinues, on a dit que de pareilles servitudes ne pouvant s'exercer que par le fait de l'homme, alors même qu'elles se manifestent par des signes apparents, le maintien de ces signes est impuissant à en conserver la quasi-possession, lorsque de fait elles n'ont pas été exercées. Mais cette argumentation, qui serait parfaitement concluante, s'il s'agissait d'un non-usage purement volontaire, nous paraît sans portée, quand il est question d'un non-usage involontaire. Dans cette hypothèse, en effet, les raisons indiquées à la note précédente s'appliquent aux servitudes discontinues, avec la même force qu'aux servitudes continues. Cpr. Civ. rej., 3 juin 1860, Sir., 60, 1, 497.

[25] Voy. en sens contraire : Bélime, n° 160. L'opinion de cet auteur se réfute par les raisons déjà déduites à la note 21 *supra*.

taire de l'héritage dominant, ayant intérêt à user de la servitude, a cessé de le faire[26].

§ 180.

Des vices de la possession.

On appelle *vices de la possession*, certaines défectuosités tenant, soit à l'*animus sibi habendi*, soit à la nature des actes matériels au moyen desquels la possession a été acquise ou continuée. Ces vices sont ceux de précarité, de clandestinité, et de violence. Art. 2229. Code de procéd., art. 23.

1° *De la précarité.*

Pour exposer d'une manière méthodique et complète la théorie de la précarité, il convient de distinguer la possession proprement dite, c'est-à-dire celle des choses corporelles, et la quasi-possession des servitudes.

a. *De la précarité en fait de possession de choses corporelles.* Les termes *precario possidere* désignaient, en Droit romain, le caractère particulier de la possession de celui auquel le propriétaire ou le possesseur d'une chose l'avait livrée avec permission d'en user, mais sous la réserve de pouvoir en réclamer la restitution à volonté. Celui qui avait reçu une chose *precario*, la possédait *quoad interdicta*, en ce sens qu'il jouissait des interdits possessoires à l'encontre de tous, à l'exception seulement de la personne de qui il tenait cette chose. Sa possession n'était donc entachée que d'un vice purement relatif[1]. La qualification de *possessio precaria* n'a jamais été appliquée, en Droit romain, à ceux qui, comme l'usufruitier, le fermier, ou le dépositaire, possèdent, non pour eux-mêmes, mais pour le compte d'autrui[2].

[26] Troplong, *op. cit.*, II, 789. Bélime, n° 166. Demolombe, XII, 1013 et 1014. Nancy, 23 avril 1834, Sir., 35, 2, 458. Civ. rej., 5 juin 1839, Sir., 39, 1, 621. Caen, 8 février 1843, Sir., 43, 2, 242. Voy. en sens contraire : Pardessus, *Des servitudes*, II, 310. Cpr. aussi Proudhon, *De l'usufruit*, VIII, 3716; Civ. cass., 2 mars 1836, 1, 242; Req. rej., 11 juillet 1838, Sir., 1, 747; Civ. cass., 6 février 1839, Sir., 39, 1, 208. Ces derniers arrêts, intervenus dans des espèces où il s'agissait du droit d'usage dans les forêts, connu sous le nom de *droit de maronnage*, ne nous paraissent pas avoir décidé la question *in terminis*.

[1] Voy. pour la justification de ces diverses propositions : L. 1, *proe.*, L. 7, L. 15, § 4, L. 17, D. *de prec.* (43, 26); L. 1, *proe.* et § 9, D. *uti poss.* (43, 17).

[2] Quand il s'agissait de caractériser la position de ceux qui possèdent pour autrui, les jurisconsultes romains se servaient de l'une ou de l'autre des locutions

Ce n'est que par suite d'une notion erronée du caractère du *precarium*, et par une confusion manifeste d'idées, qu'on a été amené, dans notre pratique et dans le langage même de nos lois, à appliquer la qualification de possession précaire à la simple détention de ceux qui possèdent pour autrui [3]. Dans ce sens, la précarité est exclusive de l'idée de possession; et si, malgré cela, nous la rangeons au nombre des simples vices de la possession, même en ce qui concerne la possession proprement dite, c'est-à-dire celle des choses corporelles, c'est uniquement pour ne pas nous écarter du point de vue auquel se sont placés les rédacteurs de nos Codes.

Au surplus, le *precarium*, tel que le Droit romain l'entendait, se rencontre encore aujourd'hui dans les concessions de jouissance sur des immeubles dépendants du domaine public, et, en pareil cas, la précarité ne constitue, comme en Droit romain, qu'un vice relatif de la possession [4].

Les possesseurs précaires ou détenteurs, dans le sens du Droit français, sont ceux qui, détenant une chose en vertu d'une convention ou d'une qualité, d'après laquelle ils sont obligés de la restituer, à l'expiration du terme fixé par la convention, ou lors de la cessation de leur qualité, la possèdent pour le compte d'autrui. Tels sont l'usufruitier [5], le fermier, le séquestre, le créancier sur antichrèse, le mari quant aux biens de la femme, dont il a l'administration et la jouissance [6], et le tuteur quant aux biens de pupille.

suivantes : *tenere*, *corporaliter tenere*, *in possessione esse*, *naturaliter possidere*. L. 10, § 1, L. 18, *proc.*, L. 24, L. 49, § 1, *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). L. 9, D. *de rei vind.* (6, 1). Et lorsqu'ils employaient les termes *precario possidere*, ils entendaient qualifier par là, la possession dont jouissait pour son propre compte celui qui a reçu à précaire. Voy. les lois citées à la note 1.

[3] Voy. ordonnance de 1667, tit. XVIII, art. 1; Code Napoléon, art. 2236 et 2239; Code de procédure, art. 23; Denisart, v° Précaire; Bourjon, *Droit commun*, liv. VI, tit. IV, chap. I, sect. II, n^os 9 et 10, Sect. III, n° 18. Pothier cependant a su se garder de la confusion d'idées que nous venons de signaler. Voy. *Traité de la possession*, n^os 15 et suiv.; n^os 96 et 100.

[4] Pothier, *op. cit.*, n° 96. Voy. texte, notes 14 et 15 *infra*.

[5] Il est bien entendu que l'usufruitier, quoique ne possédant, que pour le compte du nu-propriétaire, la chose soumise à son droit d'usufruit, a cependant, pour son propre compte, la quasi-possession de ce droit. L. 4, D. *uti poss.* (43, 17).

[6] Bélime, n^os 117 à 121. L'opinion contraire, professée par M. Troplong (*De la prescription*, II, 483 à 486), n'est pas admissible. Sous le régime dotal, aussi bien que sous le régime de communauté, le mari ne devient pas propriéIl.

Les simples détenteurs sont légalement réputés n'avoir pas l'*animus sibi habendi*. Le vice dont leur possession se trouve entachée est absolu, de telle sorte qu'il la rend inefficace, non-seulement par rapport à celui pour le compte duquel ils possèdent, mais à l'égard de toute personne indistinctement[7]. D'un autre côté, ce vice est perpétuel, en ce sens qu'aucun laps de temps ne peut le faire disparaître. Cpr. art. 2236.

Celui qui a commencé à posséder pour autrui, est toujours présumé posséder au même titre. Art. 2231. Un simple changement d'intention de sa part, c'est-à-dire la seule volonté de commencer à posséder pour son propre compte, est impuissant à intervertir le caractère de sa possession. *Nemo potest sibi mutare causam possessionis*. Art. 2240. L'arrivée du terme fixé pour la restitution de la chose détenue précairement et la cessation du mandat légal ou conventionnel, en vertu duquel le détenteur avait commencé à posséder pour autrui, n'opèrent pas davantage interversion de possession[8]. Il y a mieux, les administrateurs légaux ou mandataires conventionnels qui, après avoir rendu leur compte, ou s'être affranchis par la prescription de l'obligation de le rendre, seraient restés, sans contradiction formelle, en possession des biens de ceux pour le compte desquels ils avaient commencé à les posséder, n'en devraient pas moins être considérés comme les détenant encore à titre précaire. Ni la reddition de compte suivie de décharge, ni la prescription de l'action en reddition de compte n'opèrent en leur faveur interversion de possession[9].

taire des biens dotaux ou propres de la femme, et ne les possède par conséquent que pour le compte de celle-ci. Cpr. § 535, texte et note 1.

[7] Duranton, XXI, 223. Cpr. Troplong, *op. cit.*, I, 369 et 370. Cet auteur, tout en reconnaissant que le vice de précarité est absolu en matière de prescription, semble admettre qu'il n'est que relatif en fait d'actions possessoires. Mais cette distinction doit être rejetée; elle ne repose que sur une confusion évidente entre le *precarium* du Droit romain et la précarité du Droit français.

[8] M. Vazeille (*Des prescriptions*, I, 126 et 127) est cependant d'avis contraire sur ce dernier point. Mais la preuve que la seule cessation du mandat légal ou conventionnel, en vertu duquel une personne avait commencé à posséder pour autrui, ne suffit pas pour opérer interversion de possession, se tire clairement de l'art. 2237. D'après cet article, en effet, le vice de précarité se transmet aux héritiers de tous ceux qui possédaient pour autrui, et notamment aux héritiers des mandataires légaux ou conventionnels, bien qu'ils n'aient jamais été revêtus de la qualité qui rendait la possession précaire dans la personne de leur auteur. Troplong, *De la prescription*, II, 487. De Fréminville, *De la minorité*, I, 365. Demolombe, VIII, 131, Orléans, 31 décembre 1852, Sir., 53, 2, 712.

[9] Nous sommes à cet égard en opposition avec les auteurs cités à la fin de la

Le vice de précarité ne peut être effacé que par une interversion de possession résultante, soit d'une cause venant d'un tiers, soit d'une contradiction formelle, opposée par le détenteur au droit de celui pour le compte duquel il possédait. Art. 2238.

Par cause venant d'un tiers, on entend tout acte, à titre onéreux ou gratuit, translatif de propriété, passé au profit du détenteur par une tierce personne. Un pareil acte opère *ipso facto* interversion de la possession, sans qu'il soit nécessaire de le notifier à celui pour le compte duquel s'exerçait la possession [10], à supposer, d'ailleurs, que cet acte soit sérieux, et que le détenteur ait pu croire à la possibilité d'une transmission de propriété à son profit [11]. A plus forte raison, un acte translatif de propriété, passé au profit du détenteur, opère-t-il interversion de possession, lorsqu'il émane de celui pour le compte duquel ce dernier avait commencé de posséder [12].

La contradiction de nature à opérer interversion peut résulter

note précédente, qui, s'occupant spécialement de la position du tuteur, admettent tous trois que la reddition du compte tutélaire, suivie de décharge, opère interversion de possession en faveur du ci-devant tuteur, et qui attribuent le même effet à la prescription de l'action en reddition de compte, avec cette différence toutefois que, pour ce dernier cas, MM. Troplong (II, 489) et Demolombe (VIII, 174) font courir l'usucapion à partir de la majorité du pupille, tandis que M. de Fréminville (*loc. cit.*) en recule le point de départ à l'expiration du délai de la prescription de l'action en reddition de compte. Mais l'idée d'où partent ces auteurs nous paraît erronée. La décharge donnée au tuteur ne porte que sur les résultats de la gestion tutélaire, et n'implique, de la part du pupille, ni renonciation à exiger la restitution de ses immeubles, ni consentement à ce que le tuteur s'en gère désormais comme propriétaire. On ne saurait donc trouver dans une pareille décharge une cause suffisante d'interversion. Voy., dans le sens de notre opinion, Orléans, 31 décembre 1852, Sir., 53, 2, 712.

[10] Il restera sans doute à examiner en pareil cas, si, en l'absence de notification du titre, la possession ne doit pas être réputée clandestine, ou tout au moins équivoque, au regard du véritable propriétaire. Mais c'est là une question complétement différente de celle que nous avons résolue au texte. Troplong, *De la prescription*, II, 507 et 508. Bélime, n° 112. Voy. cep. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 548 et suiv.

[11] En exigeant, pour intervertir la possession, une cause venant d'un tiers, l'art. 2238 suppose une cause qui explique et légitime, dans la personne du détenteur, la volonté de commencer à posséder pour son propre compte. Admettre que l'interversion de possession s'opère en l'absence d'une cause de cette nature, ce serait indirectement contrevenir au principe que le détenteur ne peut, par l'effet seul de sa volonté, intervertir sa possession. Delvincourt, II, partie II, p. 650. Bélime, nos 113 à 115. Voy. en sens contraire : Troplong, *op. cit.*, II, 507.

[12] L. 33, § 1, D. *de usurp. et usuc.* (41, 3), Vazeille, *op. cit.*, I, 157.

de tout acte judiciaire ou extrajudiciaire, par lequel le détenteur fait connaître à celui pour le compte duquel il avait commencé de posséder, des prétentions contraires au droit de ce dernier. Elle peut également résulter de faits matériels, lorsqu'ils sont assez caractérisés pour annoncer manifestement des prétentions de cette nature, et qu'ils sont assez graves pour constituer le propriétaire qui en a obtenu connaissance, en demeure de s'y opposer, en faisant valoir ses droits. De pareils faits sont, comme tous les faits purs et simples, susceptibles d'être prouvés par témoins [13].

La précarité ne se présume pas. Le possesseur ne peut être astreint, pour établir la non-précarité de sa possession, à produire un titre de propriété, et bien moins encore, à débattre la validité de celui qu'il aurait produit. C'est à la partie qui argue la possession de précaire, à justifier de l'existence de ce vice. Art. 2230.

b. *De la précarité en fait de quasi-possession des servitudes.* En matière de servitudes, la précarité désigne le caractère de la possession de celui qui n'exerce une servitude qu'à titre de simple tolérance, c'est-à-dire par suite d'une concession bénévole et toujours révocable. Le terme *précarité* se prend donc ici dans le sens du *precarium* du Droit romain [14], et ne saurait s'entendre dans le sens d'une possession appréhendée pour le compte d'autrui, puisqu'il est impossible qu'on exerce une servitude pour le compte du propriétaire ou du possesseur du fonds assujetti.

Celui qui exerce une servitude à titre de tolérance, l'exerce pour son propre compte, et sa quasi-possession, quoique précaire, n'est entachée que d'un vice purement relatif. Il en résulte qu'elle est efficace à l'égard de tous, à l'exception seulement du propriétaire ou possesseur dont émane la concession [15].

[13] Cpr. § 762, texte nº 1, notes 5 à 7. Bélime, nº 110. Troplong, *op. cit.*, II, 514. Cpr. Vazeille, *op. cit.*, I, 151 et 152. Cet auteur n'est pas contraire à l'opinion indiquée au texte. En exigeant une preuve écrite de la contradiction, il suppose qu'elle n'a eu lieu que par une déclaration purement verbale, déclaration qui, par elle-même, serait en général insuffisante pour opérer contradiction, et qui, en tout cas, ne pourrait être prouvée par témoins.

[14] L. 2, § 3, et L. 3, D. *de prec.* (43, 26).

[15] L'art. 2232 du Code Napoléon dit bien que les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription. Mais il est évident qu'en s'exprimant ainsi le rédacteur de cet article n'a eu en vue que les rapports de celui qui exerce une servitude par simple tolérance, avec le propriétaire ou le possesseur qui lui en a concédé l'exercice. C'est ce que M. Porriquet a très-bien établi dans un

Du reste, le vice de précarité dont se trouve entaché l'exercice d'une servitude, est perpétuel, et ne peut s'effacer que par une contradiction formelle [16]. Encore une pareille contradiction n'a-t-elle pas pour effet, lorsqu'il s'agit de servitudes imprescriptibles, d'imprimer à la possession un caractère utile, soit pour l'action possessoire, soit pour l'usucapion [17].

2° *De la clandestinité.*

La possession est clandestine, ou, en d'autres termes, non publique, lorsque les actes par lesquels elle a été appréhendée et continuée, n'étaient pas de nature à être connus du public, et particulièrement de ceux contre lesquels on veut s'en prévaloir [18].

Le vice d'une possession clandestinement appréhendée se trouve purgé du moment où elle se révèle par des actes matériels exercés publiquement [19].

Une possession, publique à son origine, ne devient pas clandestine, par cela seul qu'elle n'a pas continué à s'exercer publiquement, lorsque, d'ailleurs, la nature particulière de la chose possé-

remarquable rapport sur une affaire jugée par la Cour de cassation le 26 juin 1822 (Civ. cass., Sir., 22, 1, 362). C'est aussi ce que cette Cour a formellement reconnu par son arrêt du 6 mars 1855 (Civ. cass., Sir., 55, 1, 507). Cpr. Caen, 3 avril 1824, Sir., 25, 2, 173.

[16] Nous ne rappelons pas ici, comme moyen de faire disparaître la précarité, *la cause venant d'un tiers* dont parle l'art. 2238, parce qu'un titre constitutif de servitude émané *a non domino* ne saurait, en l'absence de contradiction formelle, effacer la précarité à l'égard du propriétaire du fonds sur lequel la servitude s'est jusqu'alors exercée à titre de simple tolérance. Les motifs qui nous portent à rejeter l'usucapion de dix à vingt ans, même en matière de servitudes continues et apparentes, nous font également penser qu'un titre émané *a non domino* ne suffit pas à lui seul pour opérer en cette matière interversion de possession.

[17] Voy. à cet égard, § 185, texte n° 3, notes 27 et 28.

[18] D'après le Droit français, qui exige la publicité de la possession comme condition de son efficacité (art. 2229), il n'y a point, en général, à examiner si le possesseur a ou non cherché à tenir sa possession secrète. Les jurisconsultes romains, au contraire, ne considéraient la possession comme clandestine, qu'autant que le fait de l'appréhension avait été intentionnellement célé. L. 6, *proe.*, L. 40, § 2, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2).

[19] Arg., art 2233, ál. 2. Vazeille, *op. cit.*, I, 47. Troplong, *op. cit.*, I, 356. Bélime, n° 42. En Droit romain, il en était autrement. L. 40, § 2, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). On s'y attachait exclusivement à l'origine de la possession, ce qui, pour les interdits *uti possidetis et utrabi*, était conforme aux termes de l'édit du préteur, et ce qui s'explique, pour l'usucapion, par la nécessité de la bonne foi au moment de la prise de possession.

dée ne comportait pas une jouissance publique. Elle ne devrait, en pareil cas, être réputée clandestine, qu'autant que le possesseur aurait pris des précautions extraordinaires pour céler la continuation de sa jouissance [20].

La clandestinité est un vice purement relatif, qui n'est susceptible d'être opposé que par ceux qui n'ont pu connaître la possession [21].

3° *De la violence.*

La possession est entachée de violence, ou, en d'autres termes, elle n'est pas paisible, lorsqu'elle a été acquise et gardée au moyen de voies de fait accompagnées de violences matérielles ou morales [22].

En Droit français, la violence employée pour acquérir la possession ne la rend pas perpétuellement vicieuse. Le vice de violence

[20] C'est ainsi que la possession d'une cave creusée publiquement sous le sol d'un voisin, ne devient pas clandestine, par cela seul qu'après son établissement, la jouissance ne s'en revèle plus par des actes de nature à être connus du public. Bélime, n° 43. Cpr. Vazeille, *op. cit.*, I, 48; Troplong, *op. cit.*, II, 357.

[21] Troplong, *op. cit.*, I, 369 et 370. Bélime, n° 51.

[22] Suivant M. Troplong (*op. cit.*, II, 350), la possession paisible dont parle l'art. 2229, serait celle qui n'aurait pas été fréquemment inquiétée par des tiers. En partant de cette idée, le savant auteur ne se borne pas à exiger, pour l'efficacité de la possession, qu'elle ait été exempte de violence dans son appréhension, mais demande en outre qu'elle n'ait pas été inquiétée durant son cours par des troubles fréquents. C'est ce qui ressortirait, selon lui, du rapprochement des art. 2229 et 2233, par le motif que le dernier de ces articles serait sans objet, s'il n'avait pas été décrété dans la vue d'exiger une condition différente de celle que requiert déjà le premier. Voy. également dans ce sens : Boitard, *Leçons de procédure*, II, 116; Crémieux, n° 278; Marcadé, sur les art. 2229 à 2234, n° 4. Mais cette manière de voir est, à notre avis, repoussée par les précédents historiques, et par toute l'économie du chap. II, du titre *de la prescription*. Il nous paraît certain qu'en se servant des expressions *possession paisible*, les rédacteurs des art. 2229 du Code Napoléon et 23 du Code de procédure n'ont voulu que rendre en d'autres termes, l'idée exprimée dans l'art. 1, tit. XVII, de l'ordonnance de 1667, par les mots *posséder sans violence*. D'un autre côté, la série des articles dont se compose le chap. II du titre *de la prescription*, prouve évidemment que le législateur, après avoir énuméré dans l'art. 2229 toutes les conditions requises pour que la possession puisse conduire à l'usucapion, n'a fait, dans les articles suivants, que développer ou expliquer ces diverses conditions. On ne verrait pas, d'ailleurs, comment des troubles plus ou moins fréquents, apportés par des tiers, pourraient avoir pour résultat de rendre la possession inefficace, alors que, cependant, ils n'auraient pas abouti à une interruption naturelle de la prescription. Bélime, n° 31. Cpr. Req. rej., 1er avril 1848, Sir., 49, 1, 449.

est purgé par la continuation paisible de la possession, sans qu'il soit nécessaire que la chose retourne préalablement au pouvoir de celui qui en a été dépouillé [23], ou qu'il se produise une interversion dans la cause de la possession [24]. Art. 2233. Toutefois, ce résultat n'est définitivement acquis, en ce qui concerne les avantages attachés à la possession, que par une jouissance paisible, continuée pendant une année au moins. Code de procéd., art. 23.

Lorsque le vice de violence a été purgé par la continuation paisible de la possession durant une année, les effets de celle-ci remontent au jour où la violence a cessé.

La possession, exempte de violence à son origine, ou dont le vice originaire de violence a été purgé par une année de possession paisible, ne devient pas vicieuse, par cela seul que le possesseur emploie la violence pour s'y maintenir [25].

La violence ne constitue, comme la clandestinité, qu'un vice purement relatif, dont ne peut exciper que celui contre lequel elle a été exercée [26].

§ 181.

De la translation, de l'accession, et de la continuation de la possession.

La possession, envisagée en elle-même et comme état de fait, n'est pas susceptible de passer en réalité d'une personne à une autre [1]; mais il en est autrement des avantages qui y sont attachés, et notamment des actions ouvertes à l'effet de s'y faire maintenir

[23] Il en était autrement en Droit romain. Cpr. §§ 2 et 8, *Inst. de usuc.* (2, 6); L. 5, C. *de usu. pro emt.* (7, 26).

[24] Troplong, *op. cit.*, I, 420. Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, p. 648.

[25] Repousser par la force un trouble apporté à la possession, ce n'est pas exercer un acte violent de possession. L. 1, § 28, D. *de vi et vi arm.* (43, 16). Troplong, *op. cit.*, I, 418. Bélime, n° 34.

[26] Troplong, *op. cit.*, I, 369 et 370. Bélime, nos 51 et 52.

[1] Le Droit romain n'admettait même pas que la possession du défunt se transmît à ses héritiers. L. 23, *proe.*, D. *de acq. vel. amitt. poss.* (41, 2). Si, en Droit français, et en vertu de la maxime *Le mort saisit le vif*, la possession du défunt est censée passer de plein droit aux héritiers du sang et aux légataires universels jouissant de la saisine, ce n'est là qu'une pure fiction légale, qui ne contredit pas la proposition énoncée au texte. Cette fiction, qui avait dans notre ancien Droit une plus grande portée qu'elle n'en a aujourd'hui, produit cependant encore cette importante conséquence, que les personnes qui jouissent de la saisine héréditaire peuvent, à la différence des successeurs universels qui n'en jouissent pas, intenter les actions possessoires du défunt, sans envoi en possession ou délivrance préalable. Cpr. note 3 *infra*.

ou réintégrer. Ces avantages et ces actions passent *ipso facto* aux successeurs universels ou particuliers du possesseur, avec le droit probable dont la possession était l'exercice ou la manifestation [2].

Il en résulte, d'une part, que les successeurs universels ou particuliers sont en cette seule qualité, et indépendamment de toute prise de possession personnelle, admis à exercer les actions possessoires qui compétaient à leur auteur [3].

Il en résulte, d'autre part, que dans le cas où la possession, pour produire tel ou tel effet juridique, doit avoir duré un certain temps, ces successeurs sont autorisés à joindre le temps de la possession de leur auteur à celui pendant lequel ils ont eux-mêmes possédé (*accessio possessionum*). Art. 2235 [4].

La translation et l'accession de possession s'opèrent non-seulement au profit des successeurs proprement dits, mais encore en faveur de tous ceux auxquels le possesseur est tenu de remettre ou d'abandonner la possession, soit par suite d'une obligation de délivrance qui lui incombe, soit à raison de la résolution, de l'annulation, ou de la rescission de son titre [5]. C'est ainsi que le légataire

[2] Ces avantages et ces actions ayant un caractère juridique, et par cela même immatériel, rien ne s'oppose à ce qu'ils passent d'une personne à une autre. Et comme dans notre législation les droits se transmettent par le seul effet des conventions, indépendamment de toute tradition, on doit également admettre que les actions ou avantages attachés à la possession passent *ipso facto* à celui auquel un droit a été transmis, comme des accessoires utiles de ce droit, et comme des moyens de le défendre ou de le consolider. Bélime, nos 183 à 187. Req. rej., 12 fructidor an X, Merlin, *Quest.*, vo Complainte, § 2. Voy. en sens contraire : Proudhon, *Du domaine privé*, II, 497.

[3] Il est toutefois à remarquer que les successeurs irréguliers, et les légataires qui ne jouissent pas de la saisine, ne sont admis à former les actions possessoires, comme les pétitoires, qu'après avoir obtenu l'envoi en possession ou la délivrance, et que, jusque-là, ils devraient être déclarés non-recevables dans leur demande pour défaut de qualité. Mais ce n'est point là une exception au principe de la transmission des avantages de la possession : cela tient uniquement à la circonstance que, tant que le titre de ces personnes n'a pas été vérifié par la justice ou par les héritiers intéressés à le contester, elles ne sont pas légalement investies, à l'égard des tiers, de la qualité dont elles se prévalent.

[4] Quoique, d'après la place qu'il occupe au titre *de la prescription*, et d'après sa rédaction même, cet article ne s'occupe de l'accession de possession qu'au point de vue spécial de la prescription, il n'est pas douteux que la règle qu'il consacre ne soit également applicable en matière d'actions possessoires. C'est ce que le Droit romain avait déjà admis au sujet de l'interdit *utrubi*. *Gaii comm.*, IV, 151. Bélime, no 349. Crémieu, no 270.

[5] Les jurisconsultes romains, qui se sont occupés avec un soin tout particulier de l'accession de possession, s'accordaient à reconnaître que cette matière devait

peut joindre à sa propre possession, non-seulement celle du testateur, mais même celle que l'héritier a eue jusqu'au moment de la délivrance du legs [6]. C'est ainsi encore que le vendeur ou le donateur peut, après la résolution, l'annulation, ou la rescission de la vente ou de la donation, joindre à sa propre possession, celle de l'acquéreur ou du donataire [7].

Mais il ne semble pas qu'on puisse aller jusqu'à accorder le bénéfice de l'accession à celui qui, après avoir perdu la possession par une interruption de plus d'une année, a obtenu au pétitoire un jugement qui condamne au délaissement le possesseur intérimaire [8].

être réglée, plutôt par les notions de l'équité, que par les principes rigoureux du droit. C'est ce qu'énonce nettement Scævola, dans la loi 14, *proe.*, D. *de div. temp. præscrip.* (44, 3) : *De accessionibus possessionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus ; consistunt enim in sola æquitate ;* et la combinaison de ce texte avec la suite de la même loi prouve que, si ce jurisconsulte ne faisait aucune difficulté pour admettre l'accession de possession en faveur des successeurs proprement dits, il n'entendait cependant pas la restreindre à ces personnes. L'ensemble des décisions du Droit romain sur cette matière conduit à reconnaître que l'accession doit être admise, toutes les fois qu'il existe entre deux possessions un lien tellement intime et nécessaire, que l'une apparaît comme la suite et en quelque sorte comme la continuation de l'autre. Cette manière de voir a été suivie par nos anciens auteurs. Voy. D'Argentré sur l'art. 265, chap. VI, nº 30, de la coutume de Bretagne ; Dunod, *De la prescription*, part. I, chap. IV, p. 20 et 21. Or il est d'autant moins probable que les rédacteurs du Code aient voulu s'écarter de cette doctrine, qu'ils se sont bornés à rappeler dans l'art. 2235 la règle de l'accession de possession sans la développer ; et si l'on trouve dans cet article les termes : « on peut joindre à sa possession celle « *de son auteur*, de quelque manière qu'on lui ait *succédé*, » ces termes doivent s'entendre *secundum subjectam materiam*, c'est-à-dire de la succession aux avantages de la possession. En les restreignant aux cas où une personne succède, dans le sens propre de cette expression, aux droits d'une autre personne, on arriverait jusqu'à dire que le légataire ne peut joindre à sa possession celle de l'héritier, et que le vendeur, reprenant en vertu d'un pacte de retrait, l'immeuble par lui vendu, n'est pas autorisé à joindre à sa possession celle de l'acquéreur : or ces conséquences nous paraissent inadmissibles. Troplong, *De la prescription*, I, 428 et 452. Bélime, nos 597 et suiv.

[6] L. 13, § 10, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). Dunod, *op. et loc. citt.* Merlin, *Rép.*, vº Prescription, sect. I, § 5, art. 3, nº 4. Troplong, *op. cit.*, I, 452.

[7] L. 13, § 2, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). L. 19, D. *de usurp. et usucap.* (41, 3). L. 6, § 1, D. *de div. temp. præscrip.* (44, 3). Dunod, *op. et loc. citt.* Merlin, *op.*, vº *et loc. citt.* Troplong, *op. et loc. citt.* Bélime, nos 190 et 199.

[8] L'opinion contraire, qui compte un grand nombre de partisans parmi les auteurs anciens et modernes, s'appuie sur la loi 13, § 9, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2), ainsi conçue : «*Si jussu judicis res mihi restituta sit, accessio-*

Du reste, il ne saurait être question de simple accession de possession dans les cas où une personne, après avoir possédé par autrui, rentre personnellement en possession. Dans ce cas, c'est en son propre nom, et comme si elle avait elle-même possédé, que cette personne est autorisée à se prévaloir de la possession exercée pour son compte. C'est ce qui a lieu, lorsque le nu-propriétaire reprend, après la cessation de l'usufruit, la chose qui s'y trouvait soumise[9].

L'accession ne peut avoir lieu qu'entre deux possessions qui se

nem esse mihi dandam placuit. Mais la décision de cette loi, qui paraît se rattacher aux effets de la litiscontestation en Droit romain, et qui ne peut guère s'expliquer que par l'assimilation du jugement ordonnant le délaissement à un titre translatif de propriété, n'est plus compatible avec les principes de notre Droit, d'après lequel les jugements ne sont, en général, que déclaratifs. Nous comprendrions d'ailleurs difficilement que l'interruption, définitivement opérée par une dépossession de plus d'une année, fût effacée par l'effet d'un jugement rendu au pétitoire, non-seulement à l'égard de la partie condamnée au délaissement, mais encore à l'égard de tout tiers contre lequel on voudrait se prévaloir de la possession. Un pareil jugement, dont l'effet est purement relatif à la partie contre laquelle il a été rendu, ne saurait être invoqué contre les tiers qui n'y ont point figuré. Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. I, § 5, art. 3, n° 8, 4°. Req. rej., 12 janvier 1832, Sir., 32, 1, 81. Voy. en sens contraire : Vazeille, *Des prescriptions*, I, 176 et 177 ; Bélime, n^os^ 202 et 203 ; Marcadé, sur l'art. 2235, n° 3 ; Cpr. Troplong, *op. cit.*, I, 448 et suiv. Cet auteur, distinguant entre le cas où le possesseur condamné au délaissement l'a été avec restitution des fruits, et celui où, à raison de sa bonne foi, il a été dispensé de cette restitution, restreint l'application de la loi 13, § 9, ci-dessus citée, au premier de ces cas. Mais cette solution, que dans notre manière de voir nous n'avons pas à examiner, nous paraît avoir été victorieusement réfutée par Bélime (*loc. cit.*).

[9] Contrairement à la proposition énoncée au texte, la Cour de cassation a cependant jugé que le nu-propriétaire ne peut intenter l'action possessoire qu'en vertu d'une possession remontant à une année au moins depuis l'extinction de l'usufruit, en se fondant, d'une part, sur ce que le nu-propriétaire n'est pas le successeur de l'usufruitier, et sur ce que, d'autre part, l'usufruitier, possédant pour son propre compte, ne rentre pas dans la classe de ceux qui détiennent pour autrui. Civ. cass., 6 mars 1822, Sir., 22, 1, 298. Mais le premier de ces motifs porte à faux, puisqu'il ne s'agit pas ici d'une question d'accession. Quant au second, il nous paraît être le résultat d'une équivoque. Il est vrai que l'usufruitier a pour son propre compte la quasi-possession de son droit d'usufruit. Mais il n'a pas la possession de la chose corporelle sur laquelle porte ce droit. Cette chose ne lui ayant été remise que temporairement, et sous condition de restitution, il ne la détient qu'à titre précaire, c'est-à-dire pour le compte du nu-propriétaire, qui continue de la posséder par son intermédiaire pendant toute la durée de l'usufruit. Art. 2236. Bélime, n° 201. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2570 et suiv. Demolombe, X, 635.

suivent sans interruption, c'est-à-dire qui n'ont pas été séparées l'une de l'autre, par une possession intermédiaire et annale qu'aurait eue un tiers. Mais la circonstance que la possession serait simplement restée vide, ne forme point obstacle à l'accession [10]. C'est ainsi que, lorsqu'une succession est dévolue à des successeurs irréguliers, ces successeurs sont, après l'envoi en possession, autorisés à joindre à leur propre possession, celle du défunt, et même la possession restée vide dans l'intervalle du décès à l'envoi en possession.

D'un autre côté, il faut, pour qu'il y ait lieu à accession, que la possession dont le nouveau possesseur veut se prévaloir pour la joindre à la sienne, ne soit pas vicieuse, et que, réciproquement, sa propre possession soit exempte de vices [11]. Il résulte, entre autres de là, que celui qui a acheté un immeuble d'un détenteur ou possesseur précaire, ne peut joindre à sa propre possession, la détention de son auteur. Cpr. art. 2239.

Quant à la question de savoir si les vices dont se trouve entachée la possession du précédent possesseur, se transmettent à celle du successeur, de manière à la rendre elle-même vicieuse, ou si, au contraire, le nouveau possesseur peut, malgré les vices de la possession de son auteur, commencer dans sa personne une possession utile, elle ne saurait se présenter dans notre Droit que pour le vice de précarité, et se résout par une distinction entre les successeurs universels et les successeurs particuliers.

Le vice de précarité reste attaché à la possession, lorsque la chose passe aux mains d'un héritier, ou de tout autre successeur universel [12]

[10] L. 13, § 5, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). L. 20, D. *de usurp. et usucap.* (41, 3). Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. I, § 5, art. 3, n° 8. Vazeille, *op. cit.*, I, 72. Troplong, *op. cit.*, I, 430.

[11] L. 13, § 13, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). Troplong, *op. cit.*, I, 432.

[12] L'art. 2237 ne mentionne, il est vrai, que les *héritiers*, et pour restreindre l'application de cette expression aux héritiers proprement dits, c'est-à-dire aux parents légitimes que la loi appelle à la succession, on pourrait dire que c'est à raison de la saisine héréditaire, qu'ils continuent, *sive volint sive nolint*, la possession du défunt, avec les avantages qui s'y trouvaient attachés et les vices dont elle était affectée. Mais, pour justifier la proposition énoncée au texte, il suffira de faire remarquer que la règle consacrée par l'art. 2237 était déjà admise dans le Droit romain, qui cependant ne connaissait pas la saisine héréditaire; et que la véritable raison de cette disposition se trouve dans le principe que tous les successeurs universels, héritiers ou autres, étant tenus des faits de leur auteur, et notamment de l'obligation de restitution qui engendre le vice de précarité, ils se trouvent, comme ce dernier, dans l'impossibilité de commencer,

(*continuatio possessionis*[13]). Art. 2237. Ni l'intention qu'un pareil successeur pourrait avoir de posséder pour son propre compte, ni même l'ignorance dans laquelle il se trouverait de l'existence du vice de précarité, ne sauraient avoir pour effet d'effacer ce vice, qui ne peut être purgé, dans la personne du successeur universel, tout comme dans celle de son auteur, que par l'une des causes d'interversion indiquées dans l'art. 2238[14].

Au contraire, le vice de précarité ne se transmet pas au successeur particulier, qui peut commencer à posséder d'une manière utile, alors du moins qu'il prend par lui-même, ou par un tiers, possession de la chose à lui transmise. Art. 2239. Que si, par l'effet d'un constitut possessoire, il avait laissé cette chose entre les mains de son auteur, sa possession n'aurait pas un caractère suffisant de publicité, et serait équivoque à l'égard de celui pour le compte duquel ce dernier avait commencé de posséder[15]. Il y a mieux, si un fermier, après avoir vendu la chose à lui louée, et l'avoir reprise à bail de l'acquéreur, avait continué de payer le fermage au premier bailleur, celui-ci devrait être considéré comme ayant continué de posséder par l'intermédiaire du fermier[16].

§ 182.

Des effets de la possession et de la quasi-possession, en général.

1° La possession des choses corporelles engendre, en faveur du possesseur, une présomption légale de l'existence, dans sa

dans leur personne, une possession nouvelle purgée de ce vice. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XVI, p. 565, nos 11 et 12). Pothier, *De la prescription*, no 118. Troplong, *op. cit.*, II, 502. Bélime, nos 127 à 130.

[13] « *Diutina possessio quæ prodesse cœperat defuncto, et hæredi et bonorum possessori* continuatur, *licet ipse sciat prædium alienum. Quod si ille initium justum non habuit, hæredi et bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest.* § 12, *Inst. de usucap.* (2, 6). Les termes *possessio continuatur* ne seraient point exacts, si on voulait les appliquer au fait même de la possession. Mais ils sont parfaitement justes, en tant qu'il s'agit des avantages et des vices de la possession, qui, à raison de leur caractère juridique, continuent réellement dans la personne des successeurs universels. C'est ce qu'explique très-bien Papinien, dans la loi 11, D. *de div. temp. præs.* (44, 3), en disant : *Quum hæres in jus omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit, veluti quum sciens alienum ille, vel precario possedit.*

[14] Orléans, 31 décembre 1852, Sir., 53, 2, 712.

[15] Bélime, nos 132 et 133. Bourges, 18 janvier 1826, Sir., 26, 260. Pau, 14 mai 1830, Sir., 31, 2, 284.

[16] L. 32, § 1, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2).

personne, du droit de propriété dont elle est la manifestation [1].

Cette présomption est l'unique effet que la possession produise immédiatement et par elle-même. Les actions possessoires proprement dites et l'usucapion exigent en effet, outre la possession, l'écoulement d'un certain laps de temps.

Les autres effets que d'ordinaire on attribue à la possession, ou ne s'y rattachent qu'occasionnellement, sans qu'elle en soit la cause génératrice, ou ne sont que des conséquences de la présomption qu'elle engendre. Si, à conditions d'ailleurs égales, la préférence est due au possesseur (*In pari causa melior est conditio possidentis*), soit en ce qui concerne les mesures provisoires qui peuvent devenir nécessaires dans le cours d'une instance, soit même pour la décision du fond de la contestation, ce n'est là qu'une conséquence de la présomption de propriété qui milite en faveur du possesseur. Si, d'un autre côté, le possesseur actionné en déguerpissement doit être renvoyé de la demande, lorsque le demandeur ne justifie pas de son droit de propriété, cet avantage, commun à tout défendeur, qu'il possède ou ne possède pas, se rattache aux règles sur la preuve, et à la maxime *Actore non probante, reus absolvitur*. Enfin, le bénéfice dont jouit le possesseur de bonne foi de faire siens les fruits qu'il a perçus, lui est plutôt accordé à raison de la perception qu'il en a faite de bonne foi, qu'en considération de sa possession.

La force de la présomption attachée à la possession, varie suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles.

En fait de meubles, la possession engendre par elle-même, et abstraction faite de toute condition de durée, une présomption de propriété, qui, en général, est absolue et irréfragable [2].

En matière immobilière, la présomption de propriété attachée à la possession n'est sans doute pas non plus subordonnée à la condition que cette dernière se soit prolongée durant un certain temps. Mais, à la différence de ce qui a lieu en fait de meubles, cette présomption n'est point par elle-même absolue : son degré de force dépend de la durée de la possession, de telle sorte qu'elle acquiert d'autant plus de gravité que celle-ci a continué pendant un plus long espace de temps.

Avant l'écoulement d'une année de possession, la présomption

[1] Troplong, *De la prescription*, I, 217 et suiv. Bélime, n° 18.

[2] Cette proposition sera développée au paragraphe suivant.

qui milite en faveur du possesseur actuel, peut être combattue par la présomption plus forte qui résulte de la possession annale du précédent possesseur. Après l'écoulement d'une année, au contraire, elle ne peut plus l'être que par la preuve d'un droit de propriété. En d'autres termes, lorsque la possession a continué sans interruption pendant une année au moins, elle constitue la saisine possessoire, que la loi protége provisoirement jusqu'à la reconnaissance judiciaire du droit de propriété, et pour le maintien ou le rétablissement de laquelle elle accorde des actions spéciales, connues sous les noms de *complainte* et de *dénonciation de nouvel œuvre* [3].

Enfin, de simple qu'elle était dans l'origine, la présomption attachée à la possession des immeubles corporels devient absolue et irréfragable, lorsque celle-ci a continué sans interruption pendant trente années. Art. 2262. Une possession de dix à vingt ans est même suffisante pour produire cet effet, lorsqu'elle est fondée sur un juste titre, et qu'elle a été acquise de bonne foi [4]. Art. 2265.

2° La quasi-possession d'une servitude personnelle, ou d'une servitude réelle tout à la fois continue et apparente, engendre également en faveur de celui qui en jouit, une présomption légale de l'existence, dans sa personne, du droit exercé à titre de servitudes. Toutefois cette présomption, moins énergique que celle qui s'attache à la possession d'une chose corporelle, n'a d'effet qu'au possessoire. Au pétitoire elle fléchit, tant que l'usucapion n'est pas définitivement accomplie, devant la présomption plus forte de franchise qu'emporte de sa nature le droit de propriété [5].

[3] Cpr. sur le caractère et l'objet de la réintégrande, comme action distincte de la complainte et de la dénonciation de nouvel œuvre, §§ 184 et 189.

[4] La possession avec juste titre et bonne foi était appelée en Droit romain *possession civile*. A cette possession, qui seule pouvait conduire à l'usucapion, on opposait la possession sans titre ni bonne foi, qui ne donnait droit qu'aux interdits, et qu'on appelait *possession naturelle*. Cependant ces expressions étaient aussi employées pour désigner la simple *détention ;* et, par opposition à cette dernière, la possession des interdits était simplement appelée *possession*, sans autre désignation. Toute possession exempte des vices de précarité, de clandestinité, et de violence pouvant, en Droit français, conduire à l'usucapion, est véritablement civile, dans le sens que le Droit romain attachait à cette expression. La distinction de la possession en civile et naturelle, doit donc demeurer étrangère à l'enseignement du Droit français, pour l'intelligence duquel il suffit de séparer nettement la détention de la possession proprement dite.

[5] Cpr. § 190 ; § 219, texte n° 2 et note 40.

Quant aux servitudes réelles, qui ne réunissent pas le double caractère de continuité et d'apparence, elles sont réputées ne s'exercer qu'à titre précaire ou de simple tolérance. Il en résulte que l'exercice de fait d'une pareille servitude ne conduit jamais à l'usucapion (art. 691), et qu'il ne peut fonder une action possessoire contre le propriétaire de l'héritage servant, qu'autant que la présomption de précarité se trouve écartée par un titre émané de ce dernier ou de ses auteurs [6].

§ 183.

Des effets de la possession en matière mobilière, en particulier [1].

1° En fait de meubles, la possession vaut titre [2]. Art. 2279, al. 1. En d'autres termes, la possession engendre instantanément, et par

[6] Voy. pour le développement et la justification de ces propositions : § 185, texte, nos 2 et 3.

[1] Cpr. sur cette matière : *Dissertatio de vi atque effectu possessionis rerum mobilium, ad art. 2279* Cod. civ., *Auctore* Ant. Bauer ; Gœttingen 1813, in-4°. *Dissertation sur la revendication des meubles*, par Destrais ; Strasbourg 1839, in-4°. *Dissertation sur la nature de la possession en fait de meubles*, par Lacombe de Villers, *Revue bretonne*, 1840, p. 179 et 212. *L'art. 2279 du Code Napoléon, interprété par ses origines germaniques*, par Renaud (en allemand). *Traduction analytique de la dissertation précédente*, par Chauffour, *Revue de législation*, 1845, I, p. 371 ; II, p. 281. *Examen critique de cette même dissertation*, par Rivière, *Revue de législation*, 1851, III, p. 310. *De vestitura possessoria rerum mobilium*, auct. Renner ; Marburgi 1857, broch., in-8°.

[2] Cette maxime, et les exceptions qu'y apporte le second alinéa de l'art. 2279 en admettant, pour les cas de perte et de vol, l'action en revendication généralement déniée en matière mobilière, étaient déjà, sinon expressément formulées, du moins pratiquement consacrées par la loi salique et la loi ripuaire, dans leurs dispositions relatives à la procédure en entiercement. Loi salique, tit. 39 et 49. Loi ripuaire, tit. 35. Les mêmes idées se retrouvent dans les Établissements de Saint-Louis (liv. I, chap. 91 ; liv. II, chap. 17), et dans le Miroir de Saxe (II, 36 et 60). Il résulte de ces documents que celui qui s'était volontairement dessaisi d'une chose mobilière, n'avait qu'une action personnelle en restitution contre la personne à laquelle il l'avait remise, sans pouvoir la revendiquer entre les mains du tiers possesseur. C'est aussi là ce qu'exprimaient, dans le Droit germanique, les adages : *Hand muss Hand wahren. Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn wieder suchen.* Voy. encore : *Coutumes notoires*, art. 23 ; et *Décisions* de Jean des Mares, art. 165. L'étude du Droit romain qui, même en matière mobilière, distingue si nettement la propriété et la possession, amena peu à peu dans l'esprit des jurisconsultes une sorte de réaction contre ces idées. De là, les dispositions d'un grand nombre de coutumes sur la prescription acquisitive des meubles, prescription qui suppose jusqu'à son accomplissement la possibilité de la revendication. Toutefois, dans ces coutumes mêmes, les anciens

elle-même, en faveur du possesseur d'une chose mobilière, une présomption de propriété [3], à l'aide de laquelle il peut repousser

principes s'étaient partiellement maintenus, en ce que, d'une part, la complainte possessoire n'était point reçue en fait de meubles, et en ce que, d'autre part, les meubles n'avaient pas de suite par hypothèque. Cet état du Droit est nettement résumé par Legrand (sur l'art. 72 de la coutume de Troyes, *meubles n'ont pas de suite par hypothèque*), qui s'exprime ainsi : « Notre article, con- « formément aux articles des autres coutumes et à la maxime générale que nous « avons dit être quasi-observée par toute la France, ajoute ces mots *par hypo- « thèque*, pour montrer qu'autre chose est du domaine et de la propriété du « meuble : et que, si aucun ayant prêté ou mis en dépôt son meuble, le gardien « ou dépositaire venait à le vendre, le maître du meuble le peut revendiquer « comme sien, en quelque main que passe ledit meuble, quoique possesseur de « bonne foi, en sorte que les acquéreurs de bonne foi ne se peuvent défendre si « ce n'est par le moyen de la prescription.» Voy. aussi Loisel, *Institutes coutumières*, liv. III, tit. VII, règl. 5; liv. V, tit. IV, règl. 15; Duplessis, *Traité des prescriptions*, liv. I, chap. 1; Berroyer et de Laurrière, sur Duplessis, *Traité des meubles*, dans ses œuvres, I, p. 134. Plus tard, la pratique en revint aux errements des lois barbares et de nos anciennes coutumes, sans qu'il soit possible de préciser l'époque à laquelle s'opéra ce retour. Ce qu'il y a de certain, c'est que la jurisprudence du Châtelet, attestée par Bourjon (*Droit commun de la France*, liv. II, tit. I, chap. 6; liv. III, tit. XXII, chap. 5), avait, dans le dix-huitième siècle, consacré la maxime *En fait de meubles possession vaut titre*. Voy. aussi Pothier, sur la coutume d'Orléans, tit. XIV, Introd., n° 4; Denisart, v° Prescription, n° 40. Les raisons données par Bourjon pour justifier cette maxime, ont été presque littéralement reproduites dans le passage suivant de l'exposé de motifs de Bigot de Préameneu : « Dans le Droit français, on n'a point « admis à l'égard des meubles une action possessoire distincte de celle de la pro- « priété; on y a même regardé le seul fait de la possession comme un titre : « on n'en a pas ordinairement d'autre pour les choses mobilières. Il est d'ailleurs « le plus souvent impossible d'en constater l'identité, et de les suivre dans leur « circulation de main en main. Il faut éviter des procédures qui seraient sans « nombre et qui, le plus souvent, excèderaient la valeur des objets de la contes- « tation.» Locré, *Lég.*, XVI, p. 586, n° 45.

[3] Pour expliquer la disposition du 1er alinéa de l'art. 2279, plusieurs auteurs modernes (voy. Marcadé, sur les art. 2279 et 2280, n° 1, et Demolombe, IX, n° 622) ont imaginé de dire qu'en fait de meubles, la simple possession opère une prescription acquisitive instantanée. Mais cette formule implique contradiction dans les termes, puisque l'usucapion suppose nécessairement l'écoulement d'un certain laps de temps. L. 3, D. *de usurp. et usucap.* (41, 3). Code Napoléon, art. 2219 et 2229. D'un autre côté, s'il s'agissait véritablement dans l'art. 2279 d'une usucapion affranchie seulement de la condition de temps, mais exigeant toujours le juste titre et la bonne foi, le possesseur qui se prévaudrait de cette usucapion, serait obligé de produire son titre. Or cette obligation ne lui est pas imposée par l'art. 2279, qui se contente de la possession; elle serait d'ailleurs contraire au fondement et au but de la maxime *En fait de meubles possession*

toute action en revendication, et qui est, en général, absolue et irréfragable [4].

Il suit de là que l'action en revendication n'est point, en règle, recevable en fait de meubles.

Toutefois, et par exception à cette règle, celui qui a perdu une chose mobilière, ou auquel une pareille chose a été volée, est autorisé à la revendiquer entre les mains de tout tiers possesseur, même de bonne foi [5]. Art. 2279, al. 2.

2° On doit considérer comme perdus, non-seulement les objets égarés par suite d'une négligence directement ou indirectement imputable à celui qui les possédait, mais encore, et à plus forte raison, ceux dont il a été privé par un événement de force majeure, par exemple par une inondation [6]. Les choses égarées par

vaut titre. Cpr. note 2 *supra.* Que si, pour écarter cette objection, on disait que la loi présume en faveur du possesseur l'existence d'un juste titre, nous ne verrions plus dans la prétendue usucapion que nous repoussons, qu'une fiction destituée de toute utilité ou application pratique, puisqu'il est certain que le propriétaire d'un meuble peut toujours repousser l'application de la maxime précitée, en prouvant que le possesseur est soumis envers lui, par une cause quelconque, à une obligation personnelle de restitution. Cpr. texte n° 4 *infra.*

[4] Arg. art. 1352, cbn. 2279, al. 2. L'action en revendication n'étant exceptionnellement admise qu'aux cas de perte ou de vol, elle se trouve virtuellement déniée en principe, et par conséquent la présomption sur le fondement de laquelle la loi la repousse, est absolue. Delvincourt, II, part. II, p. 644. Duranton, XXI, 97. Troplong, II, 1052. Marcadé, sur les art. 2279 et 2280, n° 3. Req. rej., 4 juillet 1816, Sir., 18, 1, 166. Bordeaux, 17 mai 1831, Sir., 31, 2, 287. Voy. en sens contraire : Vazeille, *Des prescriptions*, II, 674; Montpellier, 5 janvier 1827, Sir., 30, 2, 188. Cpr. aussi Bordeaux, 21 décembre 1832, Sir., 33, 2, 202; Civ. cass., 10 février 1840, Sir., 40, 1, 572; Nîmes, 22 août 1842, Sir., 43, 2, 75. Ces derniers arrêts, qui déclarent dans leurs motifs que la présomption établie par l'art. 2279 n'est qu'une présomption *juris tantum*, susceptible d'être combattue par la preuve contraire, ont été rendus dans des espèces où il s'agissait, non d'actions en revendication, mais bien d'actions personnelles en restitution, ou de pétitions d'hérédité, c'est-à-dire d'actions auxquelles cet article n'est point applicable, et ont ainsi confondu deux questions complétement distinctes, celle de savoir si la présomption dont s'agit est absolue, et celle de savoir quelles sont les actions contre lesquelles on peut s'en prévaloir.

[5] La bonne foi du possesseur n'est à prendre en considération que lorsqu'il a acheté la chose volée ou perdue dans les circonstances indiquées par l'art. 2280; dans ce cas là même, elle ne l'autorise qu'à demander la restitution du prix qu'il a payé, et ne produit pas en sa faveur une exception à l'aide de laquelle il puisse repousser la revendication.

[6] Cpr. Toullier, XI, 323. C'est évidemment à tort que M. Renaud (*Revue de législation*, 1845, I, p. 374) émet une opinion contraire.

suite d'expédition à une fausse adresses ont à ranger dans la catégorie des choses perdues, soit que l'erreur provienne du fait d'un commissionnaire de transports, ou de celui de l'expéditeur lui-même [7].

L'exception relative au cas de vol doit être restreinte au vol proprement dit, c'est-à-dire à la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Code pénal, art. 379. Elle ne saurait être étendue aux délits qui, quoique ayant pour résultat, comme le vol, de dépouiller illégalement le possesseur de sa chose, ne présentent cependant pas les caractères du vol, tels que les définit la loi pénale [8].

Ainsi, celui qui aurait été privé d'une chose mobilière par un abus de confiance, par une violation de dépôt, ou même par suite d'une escroquerie, ne jouirait pas de l'action en revendication contre le tiers possesseur de cette chose [9].

[7] Cpr. Req. rej., 10 février 1820, Sir., 20, 1, 178.

[8] En restreignant la recevabilité de la revendication aux seuls cas de perte ou de vol, les rédacteurs du Code sont évidemment partis de cette idée, déjà consacrée par notre très ancien Droit, que, si la revendication peut être exceptionnellement admise lorsque la dessaisine a été involontaire, c'est-à-dire, comme l'énoncent les établissements de Saint-Louis, lorsque le possesseur n'a rien fait pour perdre la saisine, elle doit, au contraire, être refusée quand la dessaisine a été volontaire, auquel cas il ne reste au possesseur privé de sa chose qu'une action personnelle contre celui à qui il l'a remise. *Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn wieder suchen. C'est où on a laissé sa foi, qu'il faut aller la chercher.*

[9] La proposition énoncée au texte est généralement acceptée en ce qui concerne la violation de dépôt et l'abus de confiance. Merlin, *Rép.*, v° Revendication, § 1, n° 6; et *Quest. eod. v°*, § 1. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 673. Duranton, XV, 286. Troplong, *De la prescription*, II, 1070. Paris, 5 avril 1813, Sir., 14, 2, 306. Bordeaux, 14 juillet 1832, Sir., 33, 2, 18. Caen, 9 mars 1846, Sir., 47, 2, 399. Paris, 7 mars 1851, Sir., 52, 2, 38. Paris, 29 mars 1856, Sir., 56, 2, 408. Civ. rej., 22 juin 1858, Sir., 58, 1, 591. Voy. cep. en sens contraire : Toullier, XIV, 118 et 119; Lyon, 15 décembre 1830, Sir., 32, 2, 348. Mais cette proposition est fortement controversée quant à l'escroquerie. Voy. dans le sens de l'opinion émise au texte : Marcadé, sur les art. 2279 et 2280, n° 5; Civ. cass., 20 mai 1835, Sir., 35, 1, 321; Paris, 21 novembre 1835, Sir., 36, 2, 18; Rouen, 10 mars 1836, Sir., 36, 2, 193. Voy. en sens contraire : Troplong, *op. cit.*, II, 1069; Paris, 13 janvier 1834, Sir., 34, 2, 91; Dijon, 28 novembre 1856, Sir., 57, 2, 223; Bordeaux, 3 janvier 1859, Sir., 59, 2, 452. Les motifs développés à la note 8 *supra* nous paraissent suffisamment justifier, même pour le cas d'escroquerie, la solution que nous avons adoptée. Que l'ancien propriétaire n'ait livré sa chose que par suite de manœuvres dolosives exercées à son égard, il ne s'en est pas moins volontairement dessaisi, il n'en a pas moins suivi la foi de celui auquel il

Mais la revendication pour cause de vol doit être admise alors même qu'à raison, soit de l'âge, soit de la qualité de l'auteur de la soustraction frauduleuse, ce fait n'est pas punissable [10].

Dans les deux cas où, par exception, la revendication est recevable en matière mobilière, le demandeur justifie suffisamment sa demande, en prouvant que l'objet revendiqué se trouvait entre ses mains au moment de la perte ou du vol [11]; et cette preuve peut se faire par témoins, ou au moyen de présomptions graves, précises et concordantes [12].

La personne qui revendique, même contre un tiers possesseur de bonne foi, un objet mobilier volé ou perdu, n'est point, en général, tenue de rembourser à ce possesseur le prix qu'il en a payé.

Il en est cependant autrement, lorsque cet objet a été acheté de bonne foi, soit dans une foire ou dans un marché [13], soit dans une vente publique, soit d'un marchand vendant des choses pareilles. Art. 2280. Dans ces hypothèses, le revendiquant est obligé de rembourser au possesseur actuel le prix qu'il a payé. Mais il est, à son tour, autorisé à le répéter, tant contre celui par le fait duquel il a été illégalement privé de sa chose, que contre celui qui l'a remise; et dès lors il ne peut pas plus la revendiquer, que ne pourrait le faire celui qui aurait été victime d'un abus de confiance ou d'une violation de dépôt.

[10] Cpr. Code pénal, art. 66 et 380. Voy. en sens contraire : Renaud, *op. cit.*, p. 374, note *b*. L'opinion de cet auteur nous semble repoussée par cette considération bien simple, que le dessaisissement est toujours involontaire, bien qu'à raison, soit de son âge, soit de sa parenté ou de son affinité avec la victime de la soustraction frauduleuse, l'auteur du vol ne soit pas punissable. Ce qui prouve, d'ailleurs, qu'une soustraction commise dans de pareilles circonstances constitue toujours un vol, c'est que les complices et les recéleurs sont punis des peines du vol.

[11] Cette proposition est une conséquence directe et forcée de la maxime *En fait de meubles possession vaut titre :* on ne pourrait exiger du revendiquant une autre preuve que celle de sa possession au moment de la perte ou du vol, sans se mettre en opposition avec cette maxime. C'est aussi ce qu'indique nettement le texte même de l'art. 2279, qui accorde l'action en revendication *à celui qui a perdu, ou auquel a été volé une chose.* Destrais, *Dissertation*, p. 52, § 6. Renaud, *op. cit.*, p. 375.

[12] Paris, 18 août 1851, Sir., 51, 2, 475. Cpr. aussi : Paris, 3 janvier 1846, Sir., 47, 2, 77.

[13] Les bourses de commerce doivent être considérées comme des marchés publics, quant aux effets au porteur qu'on est dans l'usage d'y négocier. Paris, 9 décembre 1839, Sir., 40, 2, 113.

le dernier l'a vendue, sans l'avoir acquise dans les conditions indiquées par l'art. 2280 [14].

D'un autre côté, les objets mobiliers engagés aux monts-de-piété ne peuvent être revendiqués, pour cause de vol ou de perte, par celui qui s'en prétend propriétaire, qu'à charge par lui de rembourser, tant en principal, qu'intérêts et droits, la somme pour laquelle ils ont été donnés en nantissement, alors, du moins, que les règlements relatifs à l'engagement ont été observés [15].

La revendication d'un objet perdu ou volé ne peut s'exercer que pendant trois années, à partir de la perte ou du vol. En limitant à ce terme la durée de la revendication, l'art. 2279 n'a établi, ni une usucapion triennale, semblable à celle du Droit romain, ni même une prescription extinctive proprement dite, mais une simple déchéance, qui peut être invoquée par le possesseur actuel, quelque courte qu'ait été la durée de sa possession, et qui, d'un autre côté, peut être opposée à toutes personnes indistinctement, notamment aux mineurs et aux interdits [16].

[14] Celui qui, ayant acquis en dehors des circonstances indiquées par l'art. 2280 une chose volée ou perdue, se trouvait exposé à la revendication de cette chose, sans pouvoir réclamer le prix qu'il en a payé, ne peut, en la vendant dans un marché public ou à un marchand faisant le commerce de choses de cette nature, ni améliorer sa position, ni empirer celle du possesseur dépouillé, autorisé à la revendiquer. Troplong, *op. cit.*, II, 1072. Marcadé, sur les art. 2279 et 2280, nº 5, *in fine*. Paris, 9 décembre 1839, Sir., 40, 2, 113. Aix, 17 mai 1859, Sir., 59, 2, 621.

[15] Il en était ainsi dans notre ancien Droit. Ordonnance du roi Jean, de mars 1360, art. 12. Ordonnance de Charles VI, du 3 septembre 1406, art. 10. Lettres patentes de Charles VII, du 13 septembre 1429, art. 10, 11 et 12. Lettres patentes du 9 décembre 1777, art. 9. C'est également ce qui se trouve reproduit dans les nombreux règlements de monts-de-piété que nous avons consultés. Voy. entre autres : l'art. 70 du règlement du mont-de-piété de Paris, sanctionné par décret du 8 thermidor an XIII; l'art. 114 du règlement du mont-de-piété de Bordeaux, sanctionné par décret du 30 juin 1806 ; les art. 64 et 128 du règlement du mont-de-piété de Strasbourg, sanctionné par ordonnance du 6 décembre 1826. Cpr. Code Napoléon, art. 2084 ; *Lettre du ministre de la justice* du 26 septembre 1836, transcrite dans l'ouvrage ci-après cité, p. 287; Croze-Magnan, *Études sur les monts-de-piété*, p. 175 et suiv.; *Circulaire du ministre de la justice* du 30 mai 1861 ; Civ. rej., 28 novembre 1832, Sir., 33, 1, 402.

[16] Qu'il ne soit pas ici question d'usucapion ou de prescription acquisitive, c'est ce que démontre la disposition qui fait courir le délai de trois ans, donné pour intenter la revendication, du jour même de la perte ou du vol, c'est-à-dire de la dépossession de l'ancien possesseur, et non pas à partir seulement de la prise de possession du possesseur actuel, disposition incompatible avec l'idée de la prescription acquisitive, qui suppose une possession continuée pendant tout le temps

3° La maxime *En fait de meubles possession vaut titre* ne s'applique qu'aux meubles corporels individuellement envisagés, et réclamés d'une manière principale.

Elle est étrangère aux universalités juridiques; et la pétition d'hérédité serait recevable, dans le cas même où l'hérédité se composerait exclusivement d'objets mobiliers [17].

Elle reste également sans application, quand il s'agit de meubles dont la restitution est demandée comme accessoires d'un immeuble revendiqué [18].

Elle ne concerne pas davantage les meubles incorporels, tels que les rentes et les créances [19], à moins qu'elles ne consistent en titres au porteur [20].

Quant aux manuscrits, la maxime précitée leur est applicable,

requis pour son accomplissement. Mais il faut aller plus loin, et reconnaître que c'est une déchéance, et non une véritable prescription extinctive, qui se trouve attachée à l'expiration du délai dont s'agit, puisque ce délai est préfix, et qu'il restreint ou modifie l'action en elle-même, inépendamment de toute considération de négligence ou de renonciation de la part de celui auquel elle est accordée. Cpr. § 771, texte et notes 7 à 15. Planck, *Die Lehre von der Verjährung*, p. 24. Destrais, *Dissertation*, p. 57. Renaud, *op. cit.*, p. 375.

[17] *Exposé de motifs*, par Bigot de Préameneu (Locré, *Lég.*, XVI, p. 587, n° 45). Maleville, sur l'art. 2279. Delvincourt, II, part. II, p. 645. Troplong, *op. cit.*, II, 1066. Renaud, *op. cit.*, p. 375 et 376. Civ. cass., 26 août 1833, Dalloz, 1833, 1, 207. Civ. cass., 10 février 1840, Sir., 40, 1, 572.

[18] Cpr. § 206, texte n° 6 *in fine*, notes 30 et 31.

[19] Les raisons en vue desquelles cette maxime a été établie, ne s'appliquent qu'aux objets qui sont de leur nature susceptibles d'être transmis par voie de tradition manuelle. Delvincourt, *loc. cit.* Vazeille, *Des prescriptions*, II, 670. Troplong, *op. cit.*, II, 1065. Chardon, *Du dol et de la fraude*, I, 43. Renaud, *op. et loc. citt.* Marcadé, sur les art. 2279 et 2280, n° 4. Cour de cassation de Belgique, rej., 4 juin 1833, et Poitiers, 27 novembre 1833, Sir., 34, 2, 679 et suiv. Civ. rej., 4 mai 1836, Sir., 36, 1, 353. Civ. cass., 11 mars 1839, Sir., 39, 1, 169. Civ. cass., 14 août 1840, Sir., 40, 1, 753. Douai, 28 juin 1843, Sir., 43, 2, 586. Grenoble, 15 avril 1845, Sir., 46, 2, 557. Voy. en sens contraire : Rodière, *Revue de législation*, 1837, VI, p. 466 et 467. Cpr. aussi Paris, 14 juin 1834, Sir., 36, 2, 113. Cet arrêt, quoique bien rendu au fond, et au point de vue des règles qui régissent les ventes d'immeubles ou les cessions de meubles incorporels consenties par un héritier apparent, s'appuie sur des motifs évidemment erronés.

[20] L'existence des créances constatées par des billets au porteur se confond, en effet, avec ces billets eux-mêmes, de telle sorte que le possesseur du billet est aussi réputé possesseur de la créance. Transmissibles par voie de simple tradition manuelle, les titres de cette nature se trouvent par cela même nécessairement soumis à l'application de la disposition de l'art. 2279. Merlin, *Quest.*, v° Revendication, § 1. Vazeille, *op. cit.*, II, 670. Troplong, *op. cit.*, II, 1065.

en tant qu'on les considère comme des objets corporels, et en ce sens que le possesseur est autorisé à en repousser la revendication. Mais la possession d'un manuscrit n'engendre point, en faveur du possesseur, une présomption légale et absolue de la concession ou de la transmission du droit de le publier. A cet égard, elle ne produit qu'une simple présomption de fait, qui demeure absolument inefficace, lorsque le possesseur du manuscrit prétend que le droit de le publier lui a été transmis sous forme de don manuel, et qui, dans le cas même où ce possesseur invoquerait une transmission à titre onéreux, ne semble devoir être admise qu'autant que son allégation serait appuyée d'un commencement de preuve par écrit [21].

Du reste, la maxime précitée ne s'applique, même en fait de meubles corporels, qu'aux choses qui sont dans le commerce. Elle est donc étrangère à celles qui font partie du domaine public. Les choses de cette nature peuvent être revendiquées, quelles que soient les circonstances par suite desquelles elles ont passé dans les mains d'un particulier, et sans que le possesseur soit admis à opposer à leur revendication aucune déchéance ni prescription, ou à se prévaloir du bénéfice de l'art. 2280 [22].

Enfin, et en vertu d'une exception toute spéciale, les navires ou autres bâtiments de mer ne sont pas soumis à l'application de la règle *En fait de meubles possession vaut titre* [23].

4° Le principe établi par le 1er al. de l'art. 2279, dans l'intérêt seul du tiers possesseur contre lequel serait dirigée une action en revendication proprement dite, ne peut être invoqué par celui

Marcadé, sur les art. 2279 et 2280, n° 4. Civ. rej., 2 nivôse an XII, Sir., 4, 1, 225. Paris, 26 décembre 1822, Sir., 33, 2, 653. Paris, 7 mars 1851, Sir., 52, 2, 38. Paris, 2 août 1856, Sir., 57, 2, 177. Civ. rej., 17 novembre 1856, Sir., 56, 1, 173. Paris, 10 novembre 1858, Sir., 58, 2, 661. Paris, 23 décembre 1858, Sir., 59, 2, 215. Req. rej., 23 janvier 1860, Sir., 60, 1, 543. Cpr. Rapport fait au Sénat, dans sa séance du 2 juillet 1862, par M. Bonjean (*Moniteur* du 3 juillet 1862). — M. Troplong (*loc. cit.*) assimile, sous ce rapport, aux effets au porteur les billets à ordre transmis par un endossement régulier. Mais c'est là une inadvertance manifeste.

[21] Cpr. § 659, texte et note 21. Cpr. aussi Paris, 10 mars 1858, Sir., 58, 2, 577. Voy. cep. Paris, 10 novembre 1841, Sir., 44, 2, 5.

[22] Cpr. § 169, texte et note 6, et § 171. Foucart, *Droit administratif*, II, 802 et 803. Destrais, *Dissertation*, p. 48, § 3. Civ. rej., 10 août 1841, Sir., 41, 1, 742. Paris, 3 janvier 1846, Sir., 47, 2, 77.

[23] Code de commerce, art. 190, 195 et 196. Bravard, *Manuel de Droit commercial*, p. 342. Cpr. Civ. rej., 26 mai 1852, Sir., 52, 1, 561.

qui se trouve, en vertu d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi-délit, personnellement obligé à la restitution d'un objet mobilier [24].

Ainsi, le dépositaire, le commodataire, et les autres détenteurs précaires ne peuvent se prévaloir de la maxime *En fait de meubles possession vaut titre*, pour repousser l'action personnelle en restitution dirigée contre eux [25]. Ainsi encore, le tiers auquel le détenteur précaire d'un objet mobilier a transmis cet objet, et qui l'a reçu de mauvaise foi, c'est-à-dire sachant que son auteur n'avait pas le droit d'en disposer, est, à raison même de sa mauvaise foi, et du délit de Droit criminel, ou tout au moins de Droit civil, dont il s'est rendu coupable, soumis à une action personnelle en restitution de cet objet [26].

[24] C'est par les exceptions apportées à une règle, que se déterminent le plus sûrement le véritable sens et la sphère d'application de cette règle. Or tout le contexte de l'art. 2279 prouve que le second alinéa de cet article a pour objet d'indiquer les exceptions auxquelles se trouve soumise la règle posée dans le premier. Et comme c'est l'action en revendication qui est exceptionnellement admise aux cas de perte et de vol par le second alinéa de l'art. 2279, on peut avec certitude en conclure que c'est aussi l'action en revendication, et l'action en revendication seule, qui se trouve en général écartée par le premier alinéa du même article. Merlin, *Quest.*, v° Revendication, § 1. Trolong, *De la prescription*, II, 1043 et 1044. Curasson, *Compétence des juges de paix*, I, 24. Destrais, *op. cit.*, p. 51, § 5. Nîmes, 8 janvier 1833, Sir., 33, 2, 202. On commet donc une grave erreur, quand on considère, comme autant d'exceptions à la règle *En fait de meubles possession vaut titre*, les cas où une personne peut réclamer, non par voie de revendication, mais en vertu d'une pure action personnelle, la restitution d'une chose mobilière; et c'est à cette erreur qu'il faut attribuer les hésitations et les incertitudes qui se rencontrent dans la jurisprudence des arrêts. Cpr. note 4 *supra*. Troplong, *op. cit.*, 1045 et suiv.

[25] Cpr. Req. rej., 6 juillet 1841, Sir., 42, 1, 33.

[26] Il y a dissidence entre les auteurs sur la question de savoir si, pour pouvoir invoquer la maxime *En fait de meubles possession vaut titre*, il faut être possesseur de bonne foi. Voy. pour l'affirmative : Delvincourt, I, part. II, p. 644 et 645; Duranton, IV, 433; Troplong, II, 1061; Marcadé, sur les art. 2279 et 2280, n° 2; Demolombe, IX, 622. Cpr. aussi Merlin, *op. et loc. citt.*; Req. rej., 22 mai 1824, Sir., 25, 1, 116. Voy. pour la négative : Destrais, *op. cit.*, p. 49 et 50; Renaud, *op. cit.*, p. 375. Mais la question formulée en ces termes nous paraît mal posée. En statuant qu'en fait de meubles la possession vaut titre, la loi ne distingue pas entre la possession de bonne foi et celle de mauvaise foi; et en cela elle est conforme au principe que les effets de la possession sont en général, dans notre Droit, indépendants de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur. Contrairement à l'opinion des auteurs cités en premier lieu, nous pensons donc que l'action en revendication n'est pas admissible, même contre un possesseur de mauvaise foi. Mais cela n'em-

C'est par la même raison que le second acquéreur d'un objet mobilier, quoique mis en possession réelle de cet objet, est tenu, lorsqu'il l'a reçu de mauvaise foi, de le restituer au premier acquéreur [27]. Art. 1141.

Enfin, on doit également conclure de la proposition ci-dessus énoncée, que l'action personnelle en restitution, à laquelle se trouve soumis l'inventeur d'un objet perdu ou d'une chose erronément envisagée comme un trésor, n'est pas régie par les dispositions de l'art. 2279, et qu'ainsi celui-ci ne peut, pour repousser cette action, invoquer la déchéance résultant de l'expiration du délai de trois ans, déchéance qui n'est établie qu'en faveur des tiers possesseurs [28].

Les actions personnelles dont il vient d'être parlé, peuvent être exercées non-seulement contre le détenteur lui-même, mais encore contre les créanciers qui auraient fait frapper de saisie les meubles à la délivrance ou à la restitution desquels il se trouvait obligé [29].

5° Le possesseur actuel d'une chose mobilière en étant réputé propriétaire en vertu de sa possession même, et sans être tenu de rendre compte de son origine, on doit en conclure que les actions en résolution, en nullité, ou en rescission, auxquelles était soumis le précédent possesseur, ne peuvent pas réfléchir contre lui.

pêche pas que sa mauvaise foi ne puisse donner ouverture contre lui à une action en restitution fondée sur les art. 1382 et 1383; et sous ce rapport nous croyons devoir repousser l'opinion des auteurs cités en dernier lieu. Ce qui prouve, au surplus, que l'action compétant en pareil cas au propriétaire n'a pas le caractère d'une action réelle, et ne repose que sur un rapport d'obligation personnelle, c'est que, d'une part, elle ne suit pas la chose entre les mains d'un possesseur de bonne foi auquel le possesseur de mauvaise foi l'aurait transmise, et que, d'autre part, ce dernier reste, malgré cette transmission, soumis à une action en dommages-intérêts de la part du précédent possesseur.

[27] Cpr. § 174, texte et note 7.

[28] Cpr. § 201, texte n° 3, notes 32 et 42.

[29] Bordeaux, 3 avril 1829, Sir., 29, 2, 331. Nîmes, 22 août 1842, Sir., 43, 2, 75. L'action en distraction, ouverte à cet effet par l'art. 608 du Code de procédure, n'est pas, ainsi qu'on l'a supposé (cpr. Destrais, *op. cit.*, p. 53 et suiv., § 8), une véritable action en revendication, admise par exception au principe posé dans le premier alinéa de l'art. 2279, mais une simple action en délivrance ou en restitution, susceptible d'être exercée contre les créanciers du saisi, tout aussi bien que contre ce dernier. La saisie, en effet, ne confère pas aux créanciers saisissants, en ce qui concerne la propriété des objets saisis, un droit propre et distinct de celui de leur débiteur, dont ils ne sont, sous ce rapport, que les

La même idée conduit à reconnaître que la possession d'une chose mobilière engendre, en faveur du possesseur, une présomption absolue, non-seulement de propriété, mais de propriété franche de toutes charges réelles. Il en résulte que l'usufruitier d'un objet mobilier n'est pas plus que le propriétaire autorisé à le revendiquer contre un tiers possesseur. Il en résulte encore, que le créancier ayant un privilége, même fondé sur le nantissement, ne jouit pas, en général, du droit de suite contre le tiers possesseur de l'objet mobilier soumis à son droit de gage. Il en résulte enfin, que le créancier dont l'hypothèque s'étend à des immeubles par destination, n'est pas autorisé, après leur séparation, à les suivre entre les mains de leurs possesseurs [30].

Toutefois, dans les différentes hypothèses qui viennent d'être indiquées, le droit de revendication ou de suite serait exceptionnellement admis aux cas de perte ou de vol.

D'un autre côté, et en vertu d'une exception toute spéciale, la loi autorise le bailleur à revendiquer, pour l'exercice de son privilége, les objets mobiliers garnissant la maison ou la ferme louée, qui auraient été déplacés sans son consentement. Art. 2102, n° 1 [31].

Du reste, tout ce que nous avons dit de l'action personnelle en restitution, reçoit également son application dans les cas où le possesseur d'un objet mobilier, qui voudrait invoquer la maxime *En fait de meubles possession vaut titre*, pour écarter, soit une action en résolution, en nullité, ou en rescission, soit l'exercice d'un droit correspondant à une charge réelle, aurait acquis cet objet de mauvaise foi [32].

6° Pour compléter l'explication de l'art. 2279, il reste à faire remarquer que la simple détention, à titre de gage, d'objets mobiliers, produit, en ce qui concerne les priviléges fondés sur le nan-

ayants cause. Il en résulte que toutes les actions à l'aide desquelles un tiers aurait pu réclamer du débiteur les objets mobiliers qu'ils ont frappés de saisie, peuvent également être exercées contre eux, sauf bien entendu le droit dont ils jouissent *nomine proprio* de repousser, comme ne pouvant leur être opposés, les actes simulés ou frauduleux, passés par le débiteur pour prévenir la saisie, ou pour en paralyser les effets. Req. rej., 6 juillet 1841, Sir., 42, 1, 33. Cpr. § 349, texte et note 32.

[30] Les deux dernières propositions énoncées au texte se résument dans la règle que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. Art. 2119. Cpr. Bordeaux, 17 mai 1831, Sir., 31, 2, 287.

[31] Voy. l'explication de cet article au § 261, texte n° 1.

[32] Art. 2102, n° 4, al. 3, et arg. de cet article.

tissement, le même effet que la possession proprement dite, en ce qui concerne le droit de propriété. Il en résulte notamment que le créancier qui de bonne foi a reçu en gage, d'un détenteur précaire, un objet mobilier, est en droit de repousser, jusqu'à paiement de sa créance, l'action en revendication dirigée contre lui par le propriétaire de cet objet [33].

B. *Des actions possessoires.*

§ 184.

Notions générales.

Les actions possessoires, prises dans le sens le plus large de l'expression, et par opposition aux actions pétitoires, sont les actions qui portent exclusivement sur la possession, sans toucher au fond du droit. Dans cette acception étendue, et en donnant également au mot *possession* sa signification la plus générale, les actions possessoires comprennent tout à la fois la complainte, la dénonciation de nouvel œuvre, et la réintégrande [1].

Les actions possessoires proprement dites sont celles qui, fondées sur une possession ou quasi-possession revêtue des caractères exigés par la loi, et continuée pendant une année au moins, c'est-à-dire sur la saisine possessoire, ont pour objet direct et principal de la faire reconnaître au profit du demandeur. Elles tendent par suite, et selon les circonstances, soit à le faire maintenir dans cette saisine, lorsqu'il y a été troublé, ou à l'y faire rétablir, lorsqu'il a été dépossédé, soit à faire simplement suspendre la continuation de travaux dont l'achèvement aurait pour résultat de porter atteinte à sa possession. Au premier cas, l'action se nomme *complainte*, au second, *dénonciation de nouvel œuvre*.

La réintégrande, qui n'exige pas la saisine possessoire, et qui n'a pas pour objet de la faire reconnaître au profit du demandeur, est une action au moyen de laquelle le possesseur, ou même le simple détenteur d'un immeuble, est autorisé à en demander la restitution, par cela seul qu'il en a été dépouillé par violence ou voie de fait.

[33] Cpr. § 261, texte nº 1 et nº 6; § 433, texte et note 1.

[1] Loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix. Art. 6, nº 1. Cpr. Code Napoléon, art. 1428.

La complainte de notre Droit actuel est la reproduction de l'action connue, dans notre ancien Droit, sous le titre de *complainte, en cas de saisine et de nouvelleté*, et il faut bien se garder de la confondre avec l'interdit *uti possidetis*. Si la complainte et l'interdit exigent, l'une et l'autre, pour leur admission, une possession paisible, publique, et à titre non précaire (*nec vi, nec clam, nec precario*), ces deux voies de droit diffèrent cependant essentiellement entre elles, en ce que, d'une part, on ne peut former la complainte qu'en vertu d'une possession annale, tandis que cette condition n'était pas requise pour l'interdit, et en ce que, d'autre part, l'interdit n'était accordé qu'au possesseur actuel, tandis que la voie de la complainte est ouverte même à celui qui a cessé de posséder depuis moins d'une année [2].

La dénonciation de nouvel œuvre, admise dans notre pratique et consacrée par la loi du 25 mai 1838, comme action possessoire distincte de la complainte, n'a qu'un rapport fort éloigné avec la *operis novi nuntiatio* du Droit romain.

Cette *nuntiatio*, en effet, ne donnait lieu à un interdit, en faveur du dénonçant, que dans le cas où le nouvel œuvre était continué au mépris de l'opposition, c'est-à-dire avant qu'il en eût été accordé main-levée, auquel cas même, cet interdit ne constituait pas un interdit possessoire [3].

Quant à la réintégrande, l'origine en remonte au Droit canon, qui avait enté le *remedium spolii* sur l'interdit *unde vi*, en étendant le bénéfice de cette voie de droit à tous les possesseurs ou détenteurs dépouillés par violence ou par occupation clandestine, et en l'accordant, sous certaines conditions, même contre les tiers [4].

Avant de développer les règles spéciales à la complainte, à la dénonciation de nouvel œuvre, et à la réintégrande, nous exposerons, dans les deux paragraphes suivants, celles qui sont communes à ces trois actions.

[2] Cpr. Bélime, nº 206.

[3] Les idées émises par Henrion de Pansey (*Compétence des juges de paix*, chap. 38) et par Merlin (*Rép.*, vº Dénonciation de nouvel œuvre, nº 6), sur la nature de la *operis novi nuntiatio*, sont évidemment erronées. D'Hauthuille, *Revue de législation*, 1837, V, p. 444. Bélime, *loc. cit.*

[4] Dec. II pars, c. III, quæst. 1. Dec. Gregorii IX, *De restitutione spoliatorum* (2, 13).

1. Des règles communes aux diverses actions possessoires.

§ 185.

Des choses et des droits susceptibles de former l'objet d'une action possessoire.

Les immeubles corporels, les servitudes personnelles ou réelles, et les droits réels immobiliers de jouissance ou d'usage qui seront ci-après indiqués, sont seuls susceptibles de former l'objet d'une action possessoire [1]. Les actions de cette nature ne peuvent être exercées, ni pour des choses mobilières individuellement envisagées [2], ni même pour des universalités de meubles [3].

[1] Cpr. § 178.

[2] C'est ce qui a toujours été admis dans notre ancien Droit, même aux époques où les idées romaines l'emportèrent en cette matière sur celles de notre législation primitive. Cpr. § 183, note 2. On expliquait cette solution, en disant que la possession des meubles n'est pas d'assez grande importance pour donner lieu à une action possessoire, distincte de l'action pétitoire : *Mobilium possessio vilis.* Imbert, *Pratique judiciaire*, liv. I, chap. XVII, nº 12. Loisel, *Inst. cout.*, liv. V, tit. IV, règ. 15. Coutume de Paris, art. 97. Coutume d'Orléans, art. 489. Ordonn. de 1667, tit. XVIII, art. 1. Pothier, *De la possession*, nº 93. Cette doctrine est d'autant moins contestable dans notre Droit actuel, que l'art. 2279 a législativement consacré la maxime *En fait de meubles possession vaut titre*, maxime dont l'effet est de rendre, pour les meubles, le possessoire inséparable du pétitoire. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XVI, p. 586, nº 44). Merlin, *Rép.*, vº Complainte, § 3, nº 2. Henrion de Pansey, *Compétence des juges de paix*, chap. 5, § 5. Troplong, *De la prescription*, I, 281. Bélime, nº 272. Crémieu, nºs 363 à 367. Marcadé, sur l'art. 2228, nº 3. M. Renaud (*Revue de législation*, 1845, I, p. 379) a cependant essayé de soutenir le contraire, mais il est resté seul de son avis.

[3] D'après l'art. 97 de la coutume de Paris et l'art. 489 de la coutume d'Orléans, les universalités de meubles, telles que les successions mobilières, pouvaient former l'objet de l'action possessoire. L'ordonnance de 1667, tit. XVIII, art. 1, avait consacré la disposition de ces coutumes ; et Pothier (*De la possession*, nº 94) indique les applications qu'elle était susceptible de recevoir. La question de savoir si l'action possessoire est encore aujourd'hui recevable pour universalité de meubles, est vivement controversée. Zachariæ, qui, dans sa troisième édition (§ 187, texte et note 1), avait adopté l'affirmative, s'est prononcé, dans sa quatrième édition (§ 187 *b*, texte *in fine*) pour l'opinion contraire, qui nous paraît également préférable, par les considérations suivantes : Une universalité juridique n'est susceptible comme telle, c'est-à-dire comme exprimant l'idée abstraite de l'unité des biens d'une personne, ni de possession, ni de quasi-possession. Il existe sous ce rapport une profonde différence entre les universalités de droit, et les servitudes réelles ou personnelles. La prétention à une servitude peut toujours se manifester par des actes matériels, positifs ou négatifs,

1° *Des immeubles corporels.*

Les immeubles corporels ne peuvent former l'objet d'une action possessoire portant sur la possession du fonds même de ces immeubles, qu'autant qu'ils sont placés dans le commerce, et par suite susceptibles d'être acquis par voie d'usucapion [4]. Ainsi ne peuvent former l'objet d'une action possessoire, les terrains dépendants des fortifications d'une place de guerre, les rivages de la mer, les routes impériales ou départementales et les chemins vicinaux, les francs bords des canaux de navigation et les digues artificielles des rivières navigables [5], les cimetières [6] et les églises [7].

qui en réalisent l'exercice d'une manière complète ; et c'est là ce qui explique la quasi-possession admise à leur égard, par imitation de la possession proprement dite. Au contraire, les actes matériels de disposition ou de jouissance que peut faire le prétendant droit à une succession, ne s'appliquent jamais qu'à des objets particuliers, et non point à l'universalité comme telle. L'action possessoire, dont les universalités juridiques pouvaient autrefois former l'objet, avait donc été reçue *contra rationem juris;* et, en l'absence de toute disposition nouvelle reproduisant celle de l'ancien Droit, il y a d'autant plus de raison de rejeter aujourd'hui une pareille action, qu'elle est implicitement repoussée par les termes mêmes de l'art. 23 du Code de procédure, qui n'accorde l'action possessoire qu'au possesseur. C'est aussi en ce sens que paraît devoir être entendu le passage de l'exposé des motifs de l'art. 2279, dans lequel Bigot-Préameneu, après avoir rappelé qu'on n'a point admis, à l'égard des meubles, une action possessoire distincte de la pétitoire, ajoute : « S'il s'agissait d'une universalité de « meubles, telle qu'elle échoit à un héritier, le titre universel se conserve par les « actions qui lui sont propres, » c'est-à-dire par la pétition d'hérédité ou par l'action en partage. Favard, *Rép.*, v° Complainte, sect. I, § 1, n° 3. Carré, *Lois de l'organisation et de la compétence*, I, p. 494 ; II, p. 307. Bélime, n° 278. Crémieu, n^os^ 369 et suiv. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Complainte, § 3, n° 2 ; Henrion de Pensey, *De la compétence des juges de paix*, chap. 5, § 5 ; Vazeille, *Des prescriptions*, II, 707 ; Troplong, *De la prescription*, I, 281; Boitard, *Leçons de procédure*, II, p. 125 ; Marcadé, sur l'art. 2228, n° 3.

[4] Il faut soigneusement distinguer, en ce qui concerne les immeubles placés hors du commerce, la possession du fonds lui-même, comme objet corporel, et la quasi-possession des droits de servitude, de jouissance, ou d'usage, auxquels ils peuvent être légalement affectés. Si la première n'est pas susceptible de donner lieu à l'action possessoire, il en est autrement de la seconde. Cpr. texte, n° 4, et notes 37 à 39, *infra*. Civ. rej., 5 janvier 1839, Sir., 39, 1, 621.

[5] Proudhon, *Du domaine public*, III, 798. Civ. rej., 22 août 1837, Sir., 37, 1, 852. Civ. cass., 26 novembre 1849, Sir., 50, 1, 46. — Mais il en est autrement des digues naturelles d'une rivière même navigable, et des francs bords d'un canal d'irrigation ou d'usine, même appartenant à l'État: Req. rej., 30 mars 1840, Sir., 40, 1, 417. Civ. rej., 1^er^ août 1855, Sir., 56, 1, 441.

[6] Civ. cass., 10 janvier 1844, Sir., 44, 1, 120.

[7] Civ. rej., 1^er^ décembre 1823, Sir., 24, 1, 161. Req. rej., 19 avril 1825, Sir.,

Toutefois il importe de remarquer, en ce qui concerne les chemins vicinaux, que le possesseur d'un terrain compris, par arrêté préfectoral portant reconnaissance et fixation de la largeur d'un chemin vicinal, dans le sol attribué à ce chemin, est recevable à former, contre la commune qui lui contesterait le droit à une indemnité de dépossession, une action possessoire, sinon pour se faire maintenir ou réintégrer dans sa possession, du moins à l'effet de la faire reconnaître, et d'arriver ainsi à établir son droit à une indemnité [8].

Au contraire, les immeubles faisant partie du domaine privé de l'État, des départements, ou des communes, étant susceptibles d'être acquis par voie d'usucapion, peuvent aussi former l'objet d'une action possessoire [9].

Il en est ainsi notamment des lais et relais de la mer [10], et même des terrains qui, faisant partie de ses rivages, ont été concédés pour être convertis en relais [11].

Il en est également ainsi des simples chemins ruraux, alors même que la commune s'en prétendrait propriétaire, et qu'ils auraient été compris dans un arrêté administratif de classement [12].

Les choses que la loi considère comme immeubles par nature, à raison de leur cohésion avec le sol, étant susceptibles d'une possession séparée de celle du sol, peuvent aussi pour elles-mêmes, et comme distinctes du fonds, former l'objet d'une action possessoire. Ce principe s'applique non-seulement aux édifices construits

27, 1, 89. — *Secus*, s'il s'agissait d'une église qui avait cessé d'être consacrée au culte, ou d'une chapelle privée. Req. rej., 4 juin 1835. Sir., 35, 1, 413.

[8] Cpr. § 187, texte, nº 3, et note 18. Garnier, I, p. 342. Carou, nº 448. Civ. cass., 26 mars 1833, Sir., 33, 1, 394. Civ. cass., 2 février 1842, Sir., 42, 1, 276. Civ. rej., 13 janvier 1847, Sir., 47, 1, 248. Civ. rej., 29 novembre 1848, Sir., 49, 1, 265. Civ. cass., 26 juin 1849, Sir., 49, 1, 648. Civ. cass., 28 décembre 1852, Sir., 53, 1, 429. Chamb. réun. cass., 10 juillet 1854, Sir., 54, 1, 628.

[9] Req. rej., 7 août et 18 novembre 1834, Sir., 35, 1, 767 à 769. Civ. rej., 22 juin 1836, Sir., 36, 1, 700. Civ. rej., 1er août 1855, Sir., 56, 1, 441.

[10] Garnier, *Régime des eaux*, I, 39. Proudhon, *Du domaine public*, III, 712. Beaussant, *Code maritime*, I, 553. Civ. cass., 3 novembre 1824, Sir., 25, 1, 62. Req. rej., 18 mai 1830, Sir., 30, 1, 218. Poitiers, 4 février 1842, Sir., 42, 2, 221. Req. rej., 15 novembre 1842, Sir., 43, 1, 72. Civ. rej., 2 janvier 1844, Sir., 44, 1, 331. Req. rej., 17 novembre 1852, Sir., 52, 1, 789.

[11] Req. rej., 17 novembre 1852, Sir., 52, 1, 789. Civ. cass., 21 juin 1859, Sir., 59, 1, 744.

[12] Crim. rej., 5 janvier 1855, Sir., 55, 1, 145. Civ. cass., 23 août 1858, Sir., 59, 1, 57. Voy. dans le même sens les arrêts cités à la note 10 du § 169.

sur le sol d'autrui, mais encore aux arbres plantés sur le terrain d'un tiers [13], ou même sur un chemin vicinal dont le caractère n'est pas méconnu [14].

2° *Des servitudes personnelles.*

Les servitudes personnelles, c'est-à-dire l'usufruit, l'usage et l'habitation, sont toutes susceptibles de former l'objet d'une action possessoire [15], en tant qu'elles portent sur des immeubles corporels placés dans le commerce.

Les faits constitutifs de l'exercice des servitudes personnelles résistant de leur nature à la présomption d'une jouissance purement précaire, ces servitudes peuvent donner lieu à l'action possessoire, sans que le demandeur soit tenu de produire un titre qui établisse son droit.

Les différents droits d'usage dans les forêts doivent, en ce qui concerne la possession et la prescription acquisitive, être assimilés aux servitudes personnelles [16]. Tels sont les droits d'usage ayant

[13] Pardessus, *Des servitudes*, I, 49. Curasson, *Compétence des juges de paix*, II, 247. Garnier, *Des actions possessoires*, p. 221. Caen, 14 juillet 1825, Sir., 26, 2, 301. Boulogne-sur-Mer, 23 mai 1856, Sir., 56, 2, 513.

[14] Cpr. Loi du 9 ventôse an XIII. Civ. cass., 18 mai 1858, Sir., 58, 1, 661. Civ. rej., 7 novembre 1860, Sir., 61, 1, 879. Req. rej., 23 décembre 1861, Sir., 62, 1, 181.

[15] Poncet, *Des actions*, n° 28. Toullier, III, 418 et 419. Duranton, IV, 313. Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1234 et suiv. Carou, n° 332. Boitard, *Leçons de procédure civile*, II, p. 134. Bélime, n^os^ 302 et 305. Crémieu, n^os^ 337 à 340.

[16] Et non point aux servitudes réelles discontinues, qui, d'après l'art. 691, ne peuvent s'établir que par titres. En effet, les droits dont il est question au texte, conférant la faculté de recueillir une partie plus ou moins notable des fruits de la forêt sur laquelle ils sont établis, constituent de véritables droits de jouissance dont l'exercice ne saurait être réputé précaire, par cela même qu'ils enlèvent au propriétaire une partie de son revenu. Ces droits, par conséquent, ne peuvent être assimilés à des servitudes réelles discontinues, qui n'affectent pas, ou qui n'affectent que d'une manière peu sensible la jouissance du propriétaire, et dont l'exercice, par ce motif, peut et doit être considéré comme le résultat d'une simple tolérance de sa part. Tel est aussi le point de vue sous lequel les rédacteurs du Code Napoléon ont envisagé les droits d'usage dans les forêts, puisque l'art. 636 de ce Code, portant qu'ils sont réglés par des lois particulières, fait partie du chapitre qui traite des droits d'usage et d'habitation. C'est enfin ce qui résulte nettement de l'art. 1^er^ de la loi du 28 ventôse an XI, et de l'art. 1^er^ de la loi du 14 ventôse an XII, qui tous deux admettent la *possession* comme pouvant, à l'instar d'un titre, fonder des droits d'usage dans les forêts. Voy., dans le sens de la proposition énoncée au texte, et sauf les divergences secondaires, qui seront

pour objet le bois de chauffage [17] ou de maronage, la glandée, et le pacage [18]. Ces droits sont susceptibles de former l'objet d'une action possessoire, alors même qu'ils ne sont pas fondés en titre [19], pourvu qu'ils aient été exercés conformément aux règles établies par les lois forestières [20].

Du reste, il résulte des dispositions combinées des art. 61 et 62 du Code forestier, qu'une action possessoire ne pourrait plus aujourd'hui être formée à l'occasion de droits d'usage dans les bois de l'État, qu'autant que l'usager aurait fait reconnaître son droit, conformément au premier de ces articles [21].

Quant à la question de savoir si la jouissance à titre d'emphytéose constitue une quasi-possession pouvant donner lieu à l'ac-

indiquées dans les notes suivantes : Proudhon, *De l'usufruit*, VIII, 3537 à 3652 ; Carré, *Lois de l'organisation et de la compétence*, II, p. 316 ; Troplong, *De la prescription*, I, 400 à 407 ; Bélime, n° 306 ; Req. rej., 8 novembre 1848, Sir., 49, 1, 111. Cpr. Req. rej., 12 décembre 1860, Sir., 61, 1, 955. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Usage (Droit d'), § 7 ; Henrion de Pansey, *Compétence des juges de paix*, chap. 43, § 8 ; Curasson, sur Proudhon, *Des droits d'usage*, I, 319 à 328 ; Crémieu, n° 360 ; Req. rej., 2 avril 1855, Sir., 56, 1, 68.

[17] Req. rej., 11 juin 1839, Sir., 39, 1, 653.

[18] Troplong, *op. cit.*, I, 407. Civ. rej., 19 août 1829, Sir., 29, 1, 382. Dijon, 20 février 1857, Sir., 57, 2, 614. Voy. en sens contraire : Proudhon, *op. cit.*, VIII, 3643. Cet auteur, en se fondant sur la disposition de l'art. 688, qui range le droit de pacage parmi les servitudes discontinues, non susceptibles d'être acquises par prescription, a oublié que le pacage dans les forêts, constituant un droit d'usage réglé, aux termes de l'art. 636, par des lois particulières, se trouve par cela même soustrait à l'empire des règles établies par le Code Napoléon, pour les servitudes discontinues. Le même auteur (*op. cit.*, VIII, 3642) a également fait erreur, mais dans un sens opposé, en comprenant le droit d'extraire du sable, de l'argile, ou de la pierre, du sol d'une forêt, parmi les droits d'usage dans les bois, susceptibles de possession et de prescription acquisitive. Il est, en effet, bien évident qu'un pareil droit, qui ne porte pas sur les produits de la forêt comme telle, et qui n'en affecte que le sol, ne saurait être rangé parmi les droits d'usage dans les bois dont parle l'art. 636, et reste par conséquent sous l'application des règles relatives aux servitudes discontinues. Troplong, *op. cit.*, 1, 407.

[19] Req. rej,, 8 novembre 1848, Sir., 49, 1, 111.

[20] Cpr. Code forestier, art. 61 à 85, 119 et 120. L'exercice de droits d'usage, même fondés en titre, constituant un délit, lorsqu'il n'a pas eu lieu conformément aux règles établies par les lois forestières, il en résulte que les actes de jouissance exercés en dehors de ces règles, ne sauraient servir de base à une possession utile. Troplong, *op. cit.*, I, 404 à 406. Bélime, n° 306.

[21] Cpr. Dijon, 20 février 1857, Sir., 57, 2, 614 ; Req. rej., 25 janvier 1858, Sir., 58, 1, 351.

tion possessoire, sa solution dépend de celle de savoir si l'emphytéose confère ou non à l'emphytéote un droit réel immobilier [22].

3° *Des servitudes réelles.*

a. *Des servitudes légales.* Les servitudes établies par la loi peuvent toutes donner lieu à une action possessoire, à supposer, bien entendu, que le demandeur ait encore actuellement, ou qu'il ait eu la quasi-possession de la servitude à l'occasion de laquelle il exerce une pareille action. Il en est ainsi notamment des servitudes établies par les art. 640 [23] et 643 [24]. La même proposition s'applique au passage nécessaire en cas d'enclave, en ce sens que le propriétaire d'un fonds enclavé qui, pendant une année au moins, a exercé le passage par un endroit déterminé, est autorisé à former une action en complainte pour tout trouble apporté à cet exercice, bien qu'il n'ait pas fait régler, conformément aux art. 682 et suivants, l'assiette du passage et l'indemnité qui peut être due au propriétaire du fonds servant [25].

[22] D'après la jurisprudence constante de la Cour de cassation, jurisprudence approuvée par plusieurs auteurs, l'emphytéose constituerait un droit réel immobilier; et dans ce système la jouissance de l'emphytéote serait, comme celle de l'usufruitier, susceptible de former l'objet d'une action possessoire. Nous développerons au § 224 *bis* les raisons qui nous portent à rejeter cette doctrine.

[23] Duranton, V, 169. Daviel, *Des cours d'eau*, III, 973 à 977. Demolombe, XI, 45. Civ. cass., 13 juin 1814, Sir., 15, 1, 239. Req. rej., 3 avril 1852, Sir., 52, 1, 654.

[24] Req. rej., 15 janvier 1849, Sir., 50, 1, 329. Cpr. Civ. rej., 26 juillet 1836, Sir., 36, 1, 819.

[25] Cette proposition avait d'abord été contestée, par le double motif qu'une servitude de passage n'est qu'une servitude discontinue, soumise à l'application de l'art. 691, et que, la loi accordant seulement au propriétaire d'un fonds enclavé le droit de réclamer un passage, il fallait qu'il se pourvût avant tout au pétitoire pour en faire régler l'exercice. Voy. en ce sens : Toullier, III, 552, à la note ; Req. rej., 8 juillet 1812, Sir., 12, 1, 298. Mais ces deux raisons sont sans valeur. L'art. 691, en effet, ne s'applique qu'aux servitudes conventionnelles, et non aux servitudes légales. Et si, d'un autre côté, le propriétaire d'un fonds enclavé doit, pour éviter tout obstacle au passage de la part du propriétaire du fonds sur lequel il entend l'exercer, faire régler par convention ou par jugement l'assiette de ce passage, et l'indemnité qu'il peut devoir à son occasion, ce n'est pas un motif pour le priver des avantages attachés à sa quasi-possession, exclusive de toute idée de précarité. Aussi la jurisprudence et la doctrine se sont-elles depuis prononcées dans le sens de la proposition émise au texte. Poncet, *Des actions*, n° 98. Carré, *De la compétence*, II, 406. Garnier, p. 317. Bélime, n° 262. Curasson, *Compétence des juges de paix*, II, 77. Demolombe, XII, 624. Demante, *Cours*, II, 538 *bis*. Req. rej., 7 mai 1829, Sir., 29, 1, 332. Req. rej., 10 mars

b. *Des servitudes conventionnelles.* Les servitudes tout à la fois continues et apparentes peuvent former l'objet d'une action possessoire, sans que le demandeur soit tenu de produire un titre à l'appui de sa quasi-possession [26].

Au contraire, l'exercice des servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peut fonder une action possessoire qu'autant que le demandeur produit, à l'appui de sa quasi-possession, et pour la colorer, un titre constitutif de servitude émané du propriétaire de l'héritage servant ou de ses auteurs [27]. Un titre émané *a non domino* n'est pas suffisant pour autoriser l'action possessoire [28]; et il en serait ainsi, alors même que ce titre aurait été

1830, Sir., 30, 1, 271. Civ. cass., 19 novembre 1832, Sir., 33, 1, 253. Req. rej., 7 juin 1836, Sir., 36, 1, 936. Req. rej., 12 décembre 1843, Sir., 44, 1, 352. Req. rej., 8 mars 1852, Sir., 52, 1, 314. Req. rej., 5 janvier 1857, Sir., 58, 1, 740.

[26] Merlin, *Rép.*, v° Servitude, § 35, n° 2; et *Quest.*, *eod. v°*, § 5. Henrion de Pansey, *Compétence des juges de paix*, chap. 6 *in fine*. Toullier, II, 633. Pardessus, *Des servitudes*, II, 325. Bélime, n° 255. Demolombe, XII, 941. Civ. cass., 19 juin 1810, Sir., 11, 1, 164. Req. rej., 13 juin 1842, Sir., 43, 1, 60. Civ. cass., 18 juin 1851, Sir., 51, 1, 513. Req. rej., 18 avril 1853, Sir., 56, 1, 214. Civ. cass., 5 décembre 1855, Sir., 56, 1, 216. Civ. cass., 24 juin 1860, Sir., 60, 1, 317.

[27] En produisant un titre émané du propriétaire de l'héritage servant ou de ses auteurs, le demandeur fait disparaître, tant en ce qui le concerne lui-même qu'en ce qui concerne le défendeur, la présomption de précarité ou de tolérance inhérente à la servitude, dans la jouissance de laquelle il entend se faire maintenir. Mais aussi, à défaut de la production d'un pareil titre, l'exercice de la servitude est, comme présumé entaché de précarité, inopérant pour fonder une action en complainte ou en dénonciation de nouvel œuvre. Merlin, *Rép.*, v° Servitude, § 35, n° 2 *bis*; et *Quest.*, *eod. v°*, § 6. Poncet, *op. cit.*, n° 96. Henrion de Pansey, *op. cit.*, chap. 51. Toullier, III, 715 et suiv., Carré, *op. cit.*, II, 308. Pardessus, *Des servitudes,* II, 324 et 325. Duranton, V, 638 et suiv. Bélime, n°s 255, 256 et 260. Crémieu, n°s 353 à 356. Curasson, II, p. 239. Carou, n°s 310 et 685. Demolombe, XII, 945 à 947.

[28] Si un titre émané *a non domino* peut, jusqu'à certain point, faire disparaître la présomption de précarité dans la personne de celui qui exerce une servitude discontinue, il est cependant insuffisant pour écarter toute idée de tolérance de la part du propriétaire du fonds prétendûment assujetti. Et c'est évidemment par ce motif que les servitudes discontinues ne sont pas susceptibles de s'acquérir par usucapion. Art. 691. Crémieu, n° 357. Demolombe, XII, 951. Voy. en sens contraire : Bélime, n°s 258 à 260; Demante, *Cours*, n° 546 *bis*, III et IV. Cpr. aussi Civ. rej., 16 juillet 1849, Sir., 49, 1, 545. Nous comprenons, du reste, que les auteurs qui se prononcent en faveur de la prescriptibilité des servitudes discontinues, lorsqu'elles sont exercées en vertu d'un titre émané *a non domino*, admettent également pour ce cas l'action possessoire.

accompagné d'une contradiction opposée au propriétaire du fonds prétendûment assujetti [29].

En admettant que l'art. 694 ait consacré un mode spécial d'établissement des servitudes, distinct de la destination du père de famille, le titre implicite ou virtuel résultant de l'absence de toute énonciation contraire dans l'acte d'aliénation de l'un des immeubles appartenant au même propriétaire, suffirait également pour autoriser l'action possessoire à l'occasion d'une servitude discontinue et apparente ainsi établie [30].

Les règles qui viennent d'être posées quant aux servitudes discontinues, s'appliquent notamment à celles de passage [31], de puisage, ou de pacage [32].

Il est toutefois à remarquer que leur application cesse, lorsque le passage, le puisage, ou le pacage a été exercé, non à titre de servitude, mais à titre de propriété ou de copropriété. Dans cette dernière hypothèse, l'action possessoire est toujours admissible, même sans production de titre, puisqu'elle a pour objet la possession du fonds lui-même, et non plus la quasi-possession d'une simple servitude [33]. La solution de la question de savoir si les faits de possession invoqués par le demandeur, comme ayant été exercés à titre de propriété, ont réellement ce caractère, ou si, au

[29] Le silence que ce propriétaire aurait gardé, n'a aucune signification, puisque, garanti comme il l'était par le principe de l'imprescriptibilité des servitudes discontinues, la contradiction à lui opposée ne le mettait pas dans la nécessité d'y répondre par une action négatoire. Il n'est donc pas possible de voir dans ce silence une reconnaissance du droit de servitude allégué par l'auteur de la contradiction. L'hypothèse dont il est ici question, est toute différente de celle que prévoit l'art. 2238. La contradiction peut sans doute opérer une interversion de possession à l'effet de conduire à l'usucapion, quand il s'agit d'une chose prescriptible, mais elle ne saurait avoir pour résultat de rendre prescriptible ce qui ne l'est pas. Pardessus, *Des servitudes*, II, 276 et 324. Demolombe, *loc. cit.*

[30] Bélime, nº 264. Demolombe, XII, 947.

[31] Civ. rej., 20 mai 1828, Sir., 29, 1, 126. Civ. rej., 25 juin 1860, Sir., 60, 1, 728. Civ. rej., 19 mars 1861, Sir., 61, 1, 447.

[32] Req. rej., 16 janvier 1843, Sir., 43, 1, 412. Req. rej., 29 mai 1848, Sir., 49, 1, 451. Req. rej., 20 mai 1851, Sir., 51, 1, 812.

[33] Pardessus, *Des servitudes*, I, nº 7, p. 13; II, nº 325, p. 238. Req. rej., 29 novembre 1814, Sir., 16, 1, 225. Req. rej., 11 décembre 1827, Sir., 28, 1, 103. Req. rej., 19 novembre 1828, Sir., 29, 1, 110. Civ. cass., 26 août 1829, Sir., 29, 1, 380. Civ. rej., 27 décembre 1830, Sir., 31, 1, 165. Req. rej., 14 janvier 1840, Sir., 41, 1, 80. Civ. cass., 29 mars 1841, Sir., 41, 1, 356. Civ. rej., 12 décembre 1853, Sir., 55, 1, 742. Poitiers, 15 mai 1856, Sir., 56, 2, 517. Cpr., quant aux aqueducs, Civ. rej., 9 décembre 1833, Sir., 34, 1, 282.

contraire, ils ne sont qu'indicatifs d'un simple droit de servitude, est, par la force même des choses, abandonnée à l'appréciation du juge du possessoire, qui doit la décider d'après la nature de ces faits et l'ensemble des circonstances de la cause. C'est ainsi qu'il a été jugé que, lorsqu'un terrain ne comporte de sa nature que le pacage et l'enlèvement des litières, ces faits sont à considérer comme ayant été exercés, plutôt à titre de propriété ou de copropriété, qu'à titre de simple servitude [34]. C'est ainsi encore que la pâture vive et grasse peut, à la différence de la vaine pâture, être réputée avoir été exercée à titre de propriété ou de copropriété, et non à titre de simple servitude [35].

Les servitudes négatives, qui de leur nature sont non apparentes, et dont l'exercice même ne se manifeste par aucun acte positif, sont, malgré cela, susceptibles de former l'objet d'une action possessoire, lorsque le titre qui les établit émane du propriétaire de l'héritage assujetti, et que ce titre a été, pendant une année au moins, suivi de l'abstention de la part de ce propriétaire de tout acte contraire à la servitude [36].

4° Des droits d'usage ou de jouissance sur des immeubles faisant partie du domaine public.

Les droits de cette nature peuvent, suivant qu'il s'agit d'immeubles dépendants du domaine public, national, départemental, ou communal, former l'objet d'une action possessoire de la part de l'État, du département, ou de la commune qui en a la possession. C'est ainsi que l'État est admis à former une action possessoire, lorsqu'il est troublé dans le droit de jouissance qui lui appartient sur les produits des terrains dépendants des fortifications d'une place de guerre. C'est ainsi encore que les communes sont recevables à former une action possessoire pour les troubles apportés au libre exercice des usages publics auxquels sont affectés les places ou les rues communales et les chemins vicinaux [37].

[34] Req. rej., 8 janvier 1835, Sir., 35, 1, 538. Limoges, 26 mars 1838, Sir., 39, 2, 79. Voy. cep. Req. rej., 25 janvier 1842, Sir., 42, 1, 972; et § 217, texte et note 8.

[35] Henrion de Pansey, *Compétence des juges de paix*, chap. 43, § 5. Curasson, *Compétence des juges de paix*, II, p. 332. Civ. rej., 7 juin 1848, Sir., 48, 1, 569. Req. rej., 6 janvier 1852, Sir., 52, 1, 317. Voy. aussi Req. rej., 22 novembre 1841, Sir., 42, 1, 191.

[36] Cpr. § 179, texte, n° 2, lett. *a*, et note 22. Demolombe, XII, 950.

[37] Bélime, n° 230. Dumay, *Des chemins vicinaux*, II, 579. Proudhon, *Du*

Les droits d'usage sur des immeubles faisant partie du domaine public sont, même entre particuliers, susceptibles de donner lieu à une action possessoire, lorsqu'ils sont réclamés à titre de droits réels, et comme accessoires d'un fonds au service duquel ces immeubles sont affectés d'après leur destination. C'est ainsi que le propriétaire d'un héritage pourrait intenter une action possessoire contre celui qui le troublerait dans l'exercice du passage sur une voie publique donnant accès à cet héritage [38].

Il y a mieux : le particulier qui aurait expressément ou tacitement obtenu de l'autorité administrative la concession précaire d'un droit d'usage ou de jouissance sur un objet dépendant du domaine public, serait autorisé à former une action possessoire contre les tiers qui le troubleraient dans l'exercice de ce droit. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, au cas de la concession, expresse ou tacite, d'une prise d'eau dans une rivière navigable, ou dans les fossés dépendants d'une place de guerre [39].

Par application des mêmes idées, on doit admettre, à plus forte raison, que le droit de recueillir le varech ou goëmon de rive peut faire l'objet d'une action possessoire de la part d'une commune contre une autre commune [40].

5° *Des droits d'usage sur des eaux qui ne forment pas des dépendances du domaine public.*

a. La jouissance des eaux d'une source peut former l'objet d'une action possessoire de la part du propriétaire d'un fonds inférieur contre le propriétaire même du fonds où se trouve cette source, pourvu que cette jouissance présente un caractère exclusif de toute idée de précarité ou de simple tolérance. Il en est ainsi, lorsque le propriétaire du fonds inférieur a manifesté, par des travaux apparents [41], l'intention de s'approprier l'usage des eaux

domaine public, II, 237, 626 et 627. Req. rej., 18 août 1842, Sir., 42, 1, 965 Civ. cass., 31 décembre 1855, Sir., 56, 1, 209.

[38] Bélime, n° 233. Garnier, *Des chemins*, p. 291. Proudhon, *Du domaine public*, II, 631. Req. rej., 23 mars 1836, Sir., 36, 1, 867. Req. rej., 24 février 1841, Sir., 41, 1, 492. Civ. cass., 2 décembre 1844, Sir., 44, 1, 24. Cpr. Req. rej., 15 juin 1829, Sir., 29, 1, 359 ; Req. rej., 12 février 1834, Sir., 34, 1, 190.

[39] Bélime, n° 143. Civ. cass., 6 mars 1855, Sir., 55, 1, 507. Req. rej., 9 novembre 1858, Sir., 59, 1, 116. Civ. cass., 23 août 1859, Sir., 59, 1, 910.

[40] Civ. rej., 5 juin 1839, Sir., 39, 1, 621.

[41] Nous examinerons ultérieurement la question de savoir si des travaux exécutés sur le fonds inférieur seraient suffisants à cet effet, ou si, au contraire, il faut que les travaux aient été faits sur le fonds où se trouve la source.

de la source [42], comme aussi lorsqu'il produit un titre de concession émané du propriétaire dans le fonds duquel elle prend naissance, ou de ses auteurs [43], et enfin lorsqu'il peut invoquer la destination du père de famille [44].

La jouissance des eaux d'une source est également susceptible de former l'objet d'une action possessoire de la part du propriétaire du fonds inférieur, sur lequel ces eaux s'écoulaient, contre le propriétaire d'un fonds latéral qui en a détourné le cours, et cela alors même que le demandeur n'aurait fait aucun travail pour en faciliter la chute dans son héritage [45].

b. L'usage des eaux d'un cours d'eau naturel [46], non compris dans le domaine public, constitue une quasi-possession propre à donner ouverture à l'action possessoire en faveur de celui qui en a joui au moyen de travaux apparents [47], tels qu'un barrage ou une écluse, contre tout propriétaire supérieur ou inférieur qui aurait commis sur ce cours d'eau une entreprise de nature à porter atteinte à sa jouissance, suivant son objet et son étendue [48].

[42] Arg. art. 641 et 642. Req. rej., 2 août 1858, Sir., 59, 2, 733.

[43] Civ. cass., 17 juillet 1844, Sir., 45, 1, 74.

[44] Demolombe, XI, 83. Req. rej., 22 août 1859, Sir., 60, 1, 369.

[45] Dans cette hypothèse, la jouissance du propriétaire du fonds inférieur, quoique précaire au regard de celui dans le fonds duquel la source prend naissance, ne l'est pas vis-à-vis du défendeur. Civ. rej., 11 août 1856, Sir,, 57, 1, 126.

[46] Nous ne nous occupons pas spécialement des cours d'eau artificiels, c'est-à-dire des canaux creusés de main d'homme, et destinés à l'irrigation ou au roulement d'usines, par la raison que les actions possessoires auxquelles ils peuvent donner lieu, rentrent soit dans l'une ou l'autre des hypothèses déjà traitées sous les nos 1 et 3, soit dans celle que nous allons actuellement expliquer.

[47] Il est généralement admis qu'il n'est pas nécessaire en pareil cas que les travaux soient faits sur le fonds du défendeur. Civ. rej., 4 janvier 1841, Sir., 41, 1, 248. Civ. cass., 4 mars 1846, Sir., 46, 1, 401. Cpr. note 41 *supra*.

[48] Arg. Code Napoléon, art. 644 et 645. Code de procédure, art. 3, no 2. Loi du 25 mai 1838, art. 6, no 1. Le riverain qui a manifesté par des travaux apparents l'intention de s'assurer l'usage d'eaux courantes, ne saurait être considéré comme n'en ayant qu'une jouissance précaire et de pure tolérance de la part des autres riverains, et doit par cela même pouvoir se faire maintenir dans cette jouissance par voie d'action possessoire. Quant à la question de savoir si, en usant des eaux ainsi qu'il l'a fait, le demandeur a excédé ou non les limites du droit que lui accorde l'art. 644, elle ne peut être examinée au possessoire, et rentre dans le domaine du juge du pétitoire. Il en est de même de celle de savoir si l'auteur de l'entreprise qualifiée de trouble de possession, s'est ou non renfermé dans les bornes de son propre droit, à moins cependant que, pour sa justification, il ne produise un titre opposable au demandeur, titre que le juge du possessoire

A cet égard, il importe de remarquer que la jouissance des eaux peut autoriser une action possessoire, non-seulement de la part de l'usinier ou du propriétaire qui les a utilisées en totalité, soit pour le roulement de son usine, soit pour tout autre usage d'utilité ou d'agrément, mais encore de la part du riverain qui n'en a usé que d'une manière partielle ou restreinte pour l'irrigation de son fonds [49].

L'action possessoire dont il vient d'être question, est ouverte même au profit de celui dont les travaux auraient été exécutés sans autorisation de l'administration [50].

Du reste, si la quasi-possession, telle qu'elle vient d'être caractérisée, suffit pour donner lieu à une action possessoire, on ne doit pas en conclure que, lorsqu'elle a duré pendant trente ans, elle entraîne toujours et nécessairement l'extinction du droit facultatif des autres riverains. La prescription ne peut, à raison

aurait alors à apprécier. C'est sur cette hypothèse exceptionnelle qu'a statué l'arrêt de la chambre des requêtes, du 17 février 1858 (Sir., 59, 1, 491), qui n'est nullement contraire aux autres arrêts de la Cour de cassation ci-après cités. Cpr. § 186, texte nº 3, et note 23; § 187, texte nº 3, et notes 31 à 39. Duranton, V, 244. Demolombe, XI, 184. Civ. rej., 28 avril 1829, Sir., 29, 1, 183. Req. rej., 26 janvier 1836, Sir., 36, 1, 90. Req. rej., 6 décembre 1836, Sir., 37, 1, 66. Civ. cass., 18 avril 1838, Sir., 38, 1, 547. Civ. rej., 4 janvier 1841, Sir., 41, 1, 248. Civ. cass., 4 mars 1846, Sir., 46, 1, 401. Civ. cass., 24 avril 1850, Sir., 50, 1, 461. Req. rej., 18 juin 1850, Sir., 51, 1, 113. Civ. cass., 2 août 1853, Sir., 53, 1, 694. Une doctrine contraire avait d'abord été émise par la Chambre des requêtes, dans son arrêt du 16 février 1824 (Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 1, 393). Après l'avoir abandonnée en 1836, dans les deux arrêts ci-dessus cités, elle l'a reproduite sous une autre forme en 1844. Req. rej., 11 juin 1844, Sir., 44, 1, 729. Mais la Chambre civile n'a jamais varié dans sa manière de voir, qu'elle a de nouveau consacrée par un arrêt du 20 mars 1860 (Sir., 61, 1, 54).

[49] Pardessus (*Des servitudes*, II, 326) et Bélime (nº 246 *bis*) restreignent l'action possessoire pour entreprise sur des cours d'eau, à l'hypothèse où des riverains inférieurs se trouveraient complétement privés de la jouissance des eaux, qu'un riverain supérieur a détournées sur son fonds, et à celle où le riverain qui se les est ainsi appropriées, serait troublé dans sa jouissance exclusive, par suite de travaux au moyen desquels d'autres riverains les ont dirigées sur leurs fonds. Ces auteurs paraissent partir de l'idée vraie en elle-même, que c'est dans ces seules hypothèses que la possession peut conduire à la prescription, et ils en concluent, mais à tort, selon nous, que c'est aussi dans ces circonstances seulement qu'elle est capable de fonder une action possessoire. Cpr. note 51 *infra*.

[50] L'opinion contraire, enseignée par Bélime (nº 247), est le résultat d'une confusion entre les règles du Droit administratif et celles du Droit privé, en matière de possession. Troplong, *De la prescription*, I, 146. Req. rej., 14 août 1832, Sir., 32, 1, 733.

même du caractère purement facultatif d'un pareil droit, commencer à courir que du moment où ces riverains ont été constitués en demeure de le faire valoir; et cette mise en demeure ne peut elle-même résulter que de travaux qui les auraient placés dans l'impossibilité d'user des eaux, à leur passage devant leurs fonds[51].

c. La jouissance des eaux pluviales tombant sur un terrain privé autorise l'action possessoire de la part du propriétaire du fonds qui les reçoit contre le propriétaire du fonds dont elles découlent, sous les conditions précédemment indiquées à l'occasion des eaux de source, c'est-à-dire lorsque cette jouissance a eu lieu au moyen de travaux apparents, ou qu'elle est fondée, soit sur un titre, soit sur la destination du père de famille[52].

[51] On pourra objecter, contre la théorie exposée au texte, qu'il faut, pour donner ouverture à la complainte ou à la dénonciation de nouvel œuvre, une possession qui soit également de nature à servir de base à l'usucapion. Nous avons une double réponse à faire à cette objection. 1° En admettant qu'il fût effectivement ici question d'une prescription acquisitive, nous dirions que, si la règle qu'on nous oppose est vraie en thèse générale, elle n'est cependant pas absolue. C'est ainsi qu'un droit de jouissance exercé sur un objet dépendant du domaine public, en vertu d'une concession précaire de l'administration, est, comme nous l'avons établi, susceptible de former l'objet d'une action possessoire contre un tiers, bien qu'une pareille jouissance ne puisse jamais, à raison de l'imprescriptibilité du domaine public, conduire à l'usucapion. Il y a mieux, et c'est là notre seconde réponse, la prescription en cette matière est extinctive et non acquisitive, puisqu'elle ne doit pas avoir pour résultat de faire acquérir au riverain qui l'invoque un droit sur le fonds d'autrui, mais seulement d'écarter, quant à la jouissance des eaux, la concurrence des autres riverains, et ce, au moyen de l'extinction du droit rival qui leur compétait. Cette prescription suppose sans doute le maintien, pendant trente ans, de l'état de choses, par suite duquel ces derniers ont été placés dans l'impossibilité de jouir des eaux. Mais, cette situation une fois établie, l'accomplissement de la prescription est bien moins attaché à la jouissance de celui qui s'en prévaut, qu'à l'inaction de ceux auxquels elle est opposée. A ce point de vue, on comprend très-bien que l'action possessoire soit recevable de la part du riverain qui a joui des eaux, alors même qu'il n'aurait pas placé les autres riverains dans l'impossibilité d'en jouir de leur côté, par la raison que la recevabilité de son action se trouvera malgré cela suffisamment justifiée par sa possession même; tandis que, pour éteindre par la prescription le droit facultatif des autres riverains, la possession seule est insuffisante. Ce droit, en effet, qui, à raison de son caractère facultatif, se conserve indépendamment de son exercice et de toute action en justice, par la seule possibilité d'en user (art. 2232), n'est soumis à la prescription qu'à partir du moment où il a été établi sur le cours d'eau des travaux qui en ont rendu l'exercice absolument impossible. Cpr. Req. rej., 6 décembre 1836, Sir., 37, 1, 66.

[52] Cpr. Troplong, *De la prescription*, I, 148; Pardessus, *Des servitudes*, I, 103; Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1331 et 1332; Marcadé, sur l'art. 642,

Les eaux pluviales qui coulent sur une voie publique étant *res nullius*, et la loi ne les ayant soumises à aucun droit d'usage privatif au profit des riverains, elles appartiennent au premier occupant, et ne sauraient par conséquent, sauf convention contraire, devenir l'objet d'une possession utile, tant qu'elles conservent leur caractère de *res nullius* [53]. Il en résulte que, dans le cas même où un riverain aurait fait des travaux apparents pour s'approprier l'usage de pareilles eaux, il ne serait cependant pas admis à former une action possessoire contre le riverain supérieur qui les détournerait sur son héritage [54].

Mais les eaux pluviales provenant d'une voie publique cessent d'être *res nullius*, dès qu'elles ont été amenées dans un fonds privé; et elles peuvent dès lors former l'objet d'une possession utile au profit du propriétaire inférieur qui les reçoit à l'issue de ce fonds. Il en résulte que ce dernier est recevable à former une action possessoire contre le propriétaire supérieur dans le fonds duquel ces eaux ont été primitivement recueillies, lorsqu'il en a joui, soit au moyen de travaux apparents, soit en vertu d'un titre opposable au propriétaire de ce fonds, ou de la destination du père de famille [55].

D'un autre côté, les eaux pluviales provenant d'une voie publique peuvent, même à l'état de *res nullius*, devenir l'objet de conventions valables entre les riverains de cette voie publique; et celui qui en a joui d'une manière exclusive, en vertu d'une pareille convention, est recevable à former la complainte contre ceux qui les ont détournées, au mépris de l'engagement qu'ils avaient contracté de ne pas le faire [56].

nº 5; Demante, *Cours*, II, 495 *bis*, I; Demolombe, XI, 107 à 113; Bordeaux, 7 janvier 1846, Sir., 46, 2, 210. Voy. cep. Duranton, V, 158.

[53] Duvergier, Sur Toullier, III, 132, note *a*. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1318. Duranton, V, 159. Troplong, *op. cit.*, I, 147. Marcadé, sur l'art. 642, nº 4. Demolombe, XI, 115 et 116.

[54] Req. rej., 21 juillet 1825, Dalloz, 1825, 1, 366. Rennes, 10 février 1826, Sir., 28, 2, 74. Limoges, 22 janvier 1839, Sir., 39, 2, 284. Limoges, 14 juillet 1840, Sir., 41, 2, 1.

[55] Marcadé, sur l'art. 642, nº 4. Demolombe, XI, 117. Civ. rej., 21 juillet 1845, Sir., 46, 1, 33. Req. rej., 16 mars 1853, Sir., 53, 1, 621. Req. rej., 9 avril 1856, Sir., 56, 1, 399. Req. rej., 12 mai 1858, Sir., 59, 1, 431. Cpr. Duranton, V, 160. Voy. en sens contraire : Proudhon, *op. cit.*, IV, 1335; Troplong, *op. cit.*, I, 147; Colmar, 26 mars 1831, Dalloz, 1832, 2, 205.

[56] Caen, 22 février 1856, Sir., 57, 2, 204. Req. rej., 11 juillet 1859, Sir., 60, 1, 355.

§ 186.

De la compétence en matière d'actions possessoires. — De l'introduction de ces actions, du délai dans lequel elles doivent être intentées, et de leur instruction. — Des rapports du possessoire et du pétitoire.

1° *De la compétence en matière d'actions possessoires.*

Les actions possessoires sont de la compétence exclusive des juges de paix, en première instance, et des tribunaux civils d'arrondissement, en seconde instance [1]. L'incompétence des tribunaux civils pour connaître des actions possessoires en première instance, et des Cours impériales pour y statuer sur appel, est tellement absolue qu'elle peut être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation [2], et qu'elle s'applique même aux actions possessoires incidemment soumises à ces juridictions, à raison de faits survenus dans le cours des instances au pétitoire liées devant elles [3].

Le juge de paix saisi, comme juge du possessoire, d'une demande dont les conclusions tendraient à la reconnaissance ou à la dénégation d'un droit de propriété ou de servitude, sans qu'il fût possible de les interpréter dans le sens d'une simple action possessoire, devrait, même d'office, déclarer son incompétence, qui est absolue, et *ratione materiæ*, en fait d'actions réelles immobilières touchant au fond du droit [4].

Le juge de paix, saisi d'une action qualifiée de complainte, devrait également, quelle que fût la formule des conclusions prises par le demandeur, se déclarer incompétent, si le litige, au lieu de porter sur une simple question de possession, avait en réalité pour objet l'interprétation ou l'exécution de conventions dont il ne pourrait connaître [5].

[1] Loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix, art. 6, n° 1. Cpr. Loi des 16-24 août 1790, tit. III, art. 10, n° 3.

[2] Civ. rej., 28 juin 1825, Sir., 26, 1, 238. Civ. cass., 16 mars 1841, Sir., 41, 1, 196.

[3] Req. rej., 7 août 1817, Sir., 18, 1, 400. Civ. cass., 4 août 1819, Sir., 19, 1, 112. Civ. rej., 28 juin 1825. Sir., 26, 1, 238. Req. rej., 30 mars 1830, Sir., 30, 1, 320. Civ. cass., 5 août 1845, Sir., 46, 1, 46.

[4] Cpr. Bélime, n° 437 et suiv.; Civ. cass., 6 décembre 1853, Sir., 54, 1, 793.

[5] C'est ainsi que le juge de paix devrait se déclarer incompétent, pour statuer

Que si la demande portait cumulativement sur le possessoire et le pétitoire, le juge de paix, tout en se déclarant incompétent sous ce dernier rapport, devrait retenir et juger la question possessoire [6].

Le juge de paix devant lequel l'action possessoire doit être portée, est celui de la situation de l'immeuble litigieux. Code de procédure, art. 3, n° 2.

Tout jugement rendu sur action possessoire est susceptible d'appel, quelle que soit la valeur de l'objet du litige. Loi du 28 mai 1838, art. 6, n° 1.

2° *De l'introduction des actions possessoires, du délai dans lequel elles doivent être formées, et de leur instruction.*

a. Les actions possessoires, comme toutes les autres actions de la compétence des juges de paix, ne sont pas soumises au préliminaire de conciliation. Code de procédure, art. 48. Elles peuvent être intentées contre l'État, contre une commune ou un département, sans dépôt préalable du mémoire en général exigé par l'art. 15, tit. III, de la loi des 28 octobre-5 novembre 1790, l'art. 51 de la loi du 18 juillet 1837, et l'art. 37 de la loi du 10 mai 1838 [7].

Les administrateurs du patrimoine d'autrui, tels que les maris ou tuteurs, sont, en vertu même des pouvoirs inhérents à leur qualité, admis à exercer les actions possessoires compétant aux personnes dont ils administrent les biens, ou à y défendre [8].

Aux termes de l'art. 55 de la loi du 18 juillet 1837, le maire peut, sans autorisation préalable du conseil de préfecture, inten-

sur une prétendue action en complainte formée par un propriétaire contre un fermier, si, celui-ci ne contestant ni la propriété ni la possession du bailleur, le débat portait uniquement sur une question d'expiration de bail ou de tacite reconduction. Bélime, n° 328. — Cpr. sur d'autres applications du principe posé au texte : Req. rej., 29 juin 1824, Sir., 25, 1, 259 ; Req. rej., 17 novembre 1847, Sir., 48, 1, 305.

[6] Civ. cass., 30 janvier 1837, Sir., 37, 1, 613. Civ. cass., 6 avril 1841, Sir., 41, 1, 596. Cpr. Civ. cass., 17 août 1836, Sir., 36, 1, 788.

[7] C'est ce que dit positivement l'art. 37 de la loi du 10 mai 1838, quant aux actions possessoires à introduire contre un département. La Cour de cassation (Civ. rej., 7 juin 1848, Sir., 48, 1, 569) a jugé qu'il devait en être de même, par identité de motifs, des actions possessoires dirigées contre une commune. Et l'analogie conduit à étendre la même exception aux actions possessoires formées contre l'État.

[8] Voy. pour le mari, art. 1428 et 1549. Voy. pour le tuteur, § 114, texte et note 7.

ter, au nom de la commune qu'il représente, toute action possessoire, ou y défendre. Il semble que cette dispense doive également s'appliquer à l'appel [9]; mais l'autorisation devient nécessaire pour former un pourvoi en cassation, ou pour y défendre [10].

b. La complainte et la réintégrande doivent, à peine de déchéance, être intentées dans l'année du trouble ou de la dépossession. Code de procédure, art. 23. Loi du 25 mai 1838, art. 6, n° 1.

Lorsque le trouble consiste dans des actes matériels exercés sur le fonds du demandeur, ou dans des actes juridiques dirigés contre sa possession, le délai d'une année dont il vient d'être parlé, commence à courir du jour même où ces actes se sont produits. Il en est également ainsi, lorsqu'il s'agit d'actes constituant une opposition directe au libre exercice d'une servitude.

Lors, au contraire, que le trouble ne résulte que de travaux exécutés par le défendeur sur son propre fonds, le délai ne commence à courir que du jour où, par leur état d'avancement, ces travaux ont réellement porté atteinte à la possession du demandeur [11].

Lorsqu'une action possessoire est intentée par celui qui se prétend propriétaire d'un terrain qu'un arrêté préfectoral, fixant la largeur d'un chemin vicinal, a compris dans ce chemin, le délai d'un an ne court, ni du jour de cet arrêté, ni même de celui de la dépossession matérielle, mais seulement du jour où la possession a été déniée et le droit à l'indemnité contesté [12].

Au cas de troubles successifs, la complainte formée pour la répression de ceux qui ont été commis dans l'année, est recevable

[9] Foucart, *Droit administratif*, III, 1751. Req. rej., 2 février 1842, Sir., 42, 1, 116. Voy. en sens contraire : Sérigny, *Compétence administrative*, n° 127; Bélime, n° 299; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Commune, n° 1609.

[10] Foucart, *op. et loc. citt.* Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 1610. Ord. en Cons. d'État du 10 janvier 1845, Dalloz, 1846, 3, 50.

[11] Suivant Bélime (n° 358), le délai d'un an ne commencerait à courir que du jour du préjudice causé. Mais cette opinion repose sur la double confusion du trouble, c'est-à-dire de l'atteinte portée à la possession, avec le préjudice qui a pu en résulter, et de l'action possessoire, qui doit être intentée dans l'année du trouble, avec l'action ordinaire en dommages-intérêts, qui ne se prescrit en général que par trente ans à compter du préjudice causé.

[12] La raison en est que l'arrêté pris par le préfet dans la limite de ses attributions, et l'occupation qui en a été la conséquence, ne sauraient être considérés comme des actes de trouble. Civ. rej., 18 janvier 1847, Sir., 47, 1, 248. Civ. cass., 28 décembre 1852, Sir., 52, 1, 429.

alors même que les premiers faits de trouble remonteraient à plus d'une année [13].

En matière de dénonciation de nouvel œuvre, le délai d'une année court à partir du commencement des travaux, dont la continuation peut avoir pour résultat de porter atteinte à la possession du demandeur [14].

Le délai d'une année, dont l'expiration emporte déchéance de l'action possessoire, court contre les mineurs et les interdits [15]. Il n'est pas suspendu par le seul fait que le demandeur aurait ignoré l'existence du trouble [16], à moins cependant que ce trouble n'eût eu lieu d'une manière clandestine [17]. Enfin, le cours de ce délai n'est interrompu, ni par la circonstance que le demandeur aurait matériellement détruit l'ouvrage constitutif du trouble [18], ni par des poursuites correctionnelles dirigées contre son auteur [19].

c. La possession peut se prouver par témoins. Code de procédure, art. 24. Mais l'enquête n'est pas obligatoire. Le juge est autorisé, sans recourir à ce moyen d'instruction, à tenir pour constante, la possession déniée, ou à rejeter, comme non justifiée, la possession alléguée, lorsque cela ressort des autres éléments de la cause [20].

Le trouble matériel apporté à la possession peut aussi se prouver par témoins. Code de procédure, art. 24. Quant au trouble de droit, il s'établit par la production des actes judiciaires ou extrajudiciaires qui le constituent.

[13] Req. rej., 1er août 1848, Sir., 49, 1, 449.

[14] Il est bien entendu que, même après l'expiration du délai d'une année à partir du commencement des travaux, le possesseur, quoique déchu de la faculté d'agir par voie de dénonciation de nouvel œuvre, pourra toujours exercer la complainte, s'il ne s'est point encore écoulé une année depuis le moment où il a été réellement troublé dans sa possession.

[15] Jousse, *Commentaire de l'ordonnance de 1667*, tit. XVIII, art. 1, note 6. De Fréminville, ***De la minorité***, 1, 391. Bélime, nº 355. Cpr. § 771, texte et note 14.

[16] Bélime, nº 353. Civ. rej., 12 octobre 1814, Sir., 15, 1, 124.

[17] Bélime, nº 356.

[18] Civ. cass., 22 avril 1839, Sir., 39, 1, 366.

[19] Civ. cass., 20 janvier 1824, Sir., 24, 1, 265.

[20] *Non obstat* Code de procédure, art. 24. L'objet de cet article n'est pas de rendre l'enquête obligatoire, mais de statuer qu'elle ne pourra porter sur le fond du droit. Bélime, nº 417. Crémieu, nº 413. Req. rej., 25 juillet 1826, Sir., 27, 1, 194. Req. rej., 28 juin 1830, Sir., 30, 1, 409. Civ. rej., 22 mai 1833, Sir., 33, 1, 553. Req. rej., 4 juin 1835, Sir., 35, 1, 413.

3° *Des rapports du possessoire et du pétitoire.*

Le possessoire et le pétitoire ne peuvent jamais être cumulés. Code de procédure, art. 25.

a. Envisagée au point de vue de l'office du juge, mais abstraction faite de la question d'incompétence, que nous avons déjà examinée sous le n° 1 de ce paragraphe, cette règle signifie que le juge du possessoire ne peut, soit admettre, soit rejeter l'action possessoire, sans constater ou méconnaître en fait la possession annale, ou, s'il s'agit de réintégrande, la détention actuelle du demandeur, et en se décidant par des motifs exclusivement tirés du fond du droit, ni, à plus forte raison, soit préjuger le pétitoire par le dispositif de son jugement, soit dénier le possessoire comme étant inséparable du pétitoire, ni même surseoir à statuer sur le possessoire, en le subordonnant au jugement à intervenir sur le pétitoire.

Ainsi, il y a cumul du possessoire avec le pétitoire, lorsque le juge de paix, sans constater en fait la possession annale du demandeur, le maintient cependant en possession, sous le prétexte qu'il est propriétaire, ou que la possession est établie en sa faveur par son titre de propriété, ou qu'enfin la propriété lui a été reconnue par un jugement antérieur [21].

A l'inverse, il y a également cumul du possessoire avec le pétitoire, lorsque le juge de paix, sans méconnaître la possession annale du demandeur, se fonde uniquement, pour repousser l'action possessoire, sur ce que le fait qualifié de trouble à cette possession, n'a été, de la part du défendeur, que l'exercice d'un droit [22]. Il en serait ainsi notamment dans le cas où le juge du possessoire, saisi d'une complainte pour entreprise sur un cours d'eau, la rejetterait par l'unique motif que le défendeur, s'étant borné à user de la faculté que lui donnait l'art. 644, ne saurait être considéré comme ayant commis un trouble de possession [23].

[21] Civ. cass., 16 mars 1841, Sir., 41, 1, 196. Civ. cass., 17 mai 1848, Sir., 48, 1, 398. Civ. cass., 8 novembre 1854, Sir., 54, 1, 794. Voy. aussi Civ. cass., 29 novembre 1852, Sir., 53, 1, 156.

[22] Civ. cass., 11 août 1852, Sir., 52, 1, 648. Civ. cass., 4 décembre 1855, Sir., 56, 1, 438. Civ. cass., 6 avril 1859, Sir., 59, 2, 593. Voy. aussi Civ. cass., 23 novembre 1836, Sir., 37, 1, 532; Civ. cass., 23 mai 1838, Sir., 38, 1, 406.

[23] Civ. cass., 22 août 1849, Sir., 52, 1, 648. Voy. aussi Civ. cass., 29 décembre 1857, Sir., 58, 1, 799. — Il ne faut confondre, avec la question résolue au texte, ni celle de savoir si, et à quelles conditions, la jouissance d'un cours d'eau

De même encore, il y a cumul du possessoire avec le pétitoire, lorsque le juge de paix, au lieu de maintenir simplement le demandeur dans sa possession annale, lui a reconnu un droit quelconque, comme lui appartenant en vertu de sa possession, ou même lorsque, sans lui reconnaître aucun droit, il l'a maintenu dans sa possession trentenaire ou immémoriale [24].

Enfin, il y a cumul du possessoire avec le pétitoire, lorsque le juge de paix, saisi d'une action en complainte, la rejette ou met les parties hors de cause par le motif que, d'après les faits et moyens respectivement invoqués, le possessoire serait inséparable du pétitoire [25], comme aussi lorsque, sans se dessaisir du possessoire, il renvoie les parties à se pourvoir préalablement au pétitoire [26].

Au contraire, le juge de paix peut, sans cumuler le pétitoire et le possessoire, se livrer à l'examen des titres respectivement produits, lorsqu'il les consulte, non pour reconnaître ou méconnaître le fait matériel de la possession, mais uniquement pour en apprécier la nature, l'étendue et l'efficacité juridiques [27]. C'est ainsi que,

constitue une possession de nature à donner ouverture à complainte, ni celle de savoir dans quels cas un riverain supérieur ou inférieur peut être considéré comme ayant troublé cette possession. La première de ces questions, qui sont jusqu'à certain point connexes entre elles, a déjà été traitée au § 185, texte nº 5, et notes 46 à 51. La seconde sera examinée au § 187, texte nº 3, et notes 31 à 39.

[24] Bélime, nos 442 à 445. Req. rej., 15 juillet 1829, Sir., 29, 1, 306. Civ. cass., 10 novembre 1845, Sir., 45, 1, 681. — Le juge de paix cumule également, à ce point de vue, le pétitoire avec le possessoire, lorsque, saisi d'une action en complainte formée à raison d'un trouble apporté à la jouissance d'un cours d'eau, il fait un règlement entre les parties, et détermine la manière dont elles jouiront à l'avenir de ce cours d'eau. Civ. cass., 17 août 1836, Sir., 36, 1, 788. Civ. cass., 14 décembre 1841, Sir., 42, 1, 146.

[25] Civ. cass., 29 décembre 1828, Sir., 29, 1, 70. Civ. cass., 20 janvier 1836, Sir., 36, 1, 836. Civ. cass., 11 août 1852, Sir., 52, 1, 648. Civ. cass., 31 mars 1857, Sir., 57, 1, 675.

[26] Civ. cass., 22 août 1842, Sir., 42, 1, 823. Cpr. Req. rej., 3 janvier 1840, Sir., 40, 1, 519. Cet arrêt n'est pas contraire à la proposition émise au texte. D'après les circonstances dans lesquelles il a été rendu, le demandeur en cassation se trouvait sans intérêt légitime à se plaindre du sursis que le juge de paix lui avait accordé, à l'effet de justifier de son exception de mitoyenneté. Cpr. aussi note 29 *infra*.

[27] Merlin, *Quest.*, vº Complainte, § 2; *Rép.*, vº Servitude, § 35, nº 2 *bis*. Toullier, III, 716. Henrion de Pansey, *De la compétence des juges de paix*, chap. 51. Req. rej., 21 décembre 1820, Sir., 21, 1, 135. Civ rej., 26 janvier 1825, Sir., 25, 1, 397. Civ. rej., 9 novembre 1825, Sir., 26, 1, 248. Req. rej., 19 décembre 1831, Sir., 32, 1, 67. Req. rej., 10 février 1837, Sir., 37, 1, 328. Civ. cass., 25 juillet

dans le cas où les deux parties ont également fait preuve d'actes possessoires de même nature, le juge de paix est autorisé à consulter les titres, pour y rechercher quelle est, de la possession du demandeur ou du défendeur, celle qui se trouve la mieux caractérisée ou colorée[28]. C'est ainsi encore que, sur une action en complainte formée à raison d'un trouble apporté à la jouissance d'une servitude discontinue, le juge de paix ne cumule pas le pétitoire avec le possessoire, en se fondant, pour écarter la présomption de précarité attachée à l'exercice d'une pareille servitude, sur un titre invoqué par le demandeur. Le juge de paix pourrait aussi, sans cumuler le pétitoire et le possessoire, rejeter une complainte, en constatant, sur le vu d'un titre constitutif de servitude produit par le défendeur, que le demandeur n'avait plus une possession exclusive de nature à faire considérer comme des troubles, les actes rentrant dans l'exercice de la servitude.

Les contestations élevées sur l'interprétation, ou même sur la validité des titres produits, ne privent pas le juge de paix de la faculté de les consulter pour éclairer la possession [29].

1837, Sir., 37, 1, 885. Req. rej., 13 novembre 1839, Sir., 40, 1, 76. Req. rej., 11 mai 1841, Sir., 41, 1, 708. Civ. rej., 8 août 1841, Sir., 41, 1, 871. Req. rej., 23 novembre 1841, Sir., 41, 1, 815. Req. rej., 2 février 1842, Sir., 42, 1, 116. Req. rej., 6 juin 1853, Sir., 53, 1, 735. Civ. cass., 6 décembre 1853, Sir., 54, 1, 793. Req. rej., 17 février 1858, Sir., 59, 1, 491. Voy. aussi Civ. rej., 28 juillet 1856, Sir., 57, 1, 283.

[28] Req. rej., 13 novembre 1839, Sir., 40, 1, 76. Req. rej., 11 mai 1841, Sir., 41, 1, 706.

[29] Pothier, *De la possession*, n° 90. Crémieu, n^os^ 468 et suiv. Civ. rej., 24 juillet 1810, Sir., 10, 1, 334. Civ. rej., 17 mai 1820, Sir., 20, 1, 273 et 324. Req. rej., 8 mai 1838, Sir., 38, 1, 408. Civ. cass., 24 juillet 1839, Sir., 39, 1, 861. Civ. cass., 15 février 1841, Sir., 41, 1, 193. Req. rej., 16 janvier 1843, Sir., 43, 1, 412. Req. rej., 6 juin 1853, Sir., 53, 1, 735. Civ. cass., 6 décembre 1853, Sir., 54, 1, 793. Voy. en sens contraire : Bélime, n^os^ 450 et suiv. D'après cet auteur, le juge de paix devrait, au cas où la contestation de la validité du titre lui paraîtrait sérieuse, surseoir à statuer sur le possessoire, en renvoyant les parties à faire préalablement décider la question de validité du titre, question qui, d'après lui, serait préjudicielle. Mais c'est là précisément que se trouve son erreur. Il ne saurait y avoir au possessoire de question préjudicielle de propriété ou de servitude, puisqu'il s'agit uniquement de statuer sur la possession, et que c'est dans le but seulement d'en apprécier le caractère que le juge de paix peut ou doit consulter les titres. Or on comprend que la possibilité de l'annulation ultérieure de ces titres au pétitoire, ne saurait avoir d'influence, ni sur le fait matériel de la possession, ni sur la nature des actes invoqués comme constitutifs de la possession, ou qualifiés de troubles. D'ailleurs, le système de

L'examen des titres, qui n'est en général que facultatif pour le juge du possessoire [30], devient obligatoire, lorsqu'il s'agit d'une complainte formée à raison d'un trouble apporté à l'exercice d'une servitude discontinue [31], ou d'une servitude négative [32].

Le juge de paix ne cumule pas non plus le pétitoire et le possessoire, lorsque, après avoir reconnu la possession annale du demandeur, il invoque surabondamment des motifs touchant au fond du droit, mais en statuant uniquement sur le possessoire [33]. Il en est ainsi notamment dans le cas où, pour accueillir une complainte, il se fonde sur la possession immémoriale du demandeur, sans cependant l'y maintenir par le dispositif de sa sentence [34].

Enfin le juge de paix peut encore, sans cumuler le possessoire et le pétitoire, rejeter ou admettre une complainte, en se fondant sur ce que la possession ne s'est exercée que d'une manière précaire, ou s'est, au contraire, exercée à titre de droit, comme s'appliquant à un terrain ou à un cours d'eau qui fait partie ou qui ne fait pas partie du domaine public [35].

Bélime tendrait à absorber le possessoire dans le pétitoire, contrairement à la disposition de l'art. 25 du Code de procédure.

[30] Req. rej., 23 novembre 1840, Sir., 41, 1, 158. Req. rej., 6 janvier 1852, Sir., 52, 1, 317.

[31] Comme l'exercice des servitudes discontinues est, en l'absence d'un titre constitutif, présumé entaché de précarité, et que, tout au contraire, la production d'un pareil titre fait cesser cette présomption, le juge de paix qui refuserait de prendre connaissance du titre invoqué par le demandeur en complainte, se trouverait dans l'impossibilité d'apprécier le véritable caractère de la possession, et sa sentence, qu'il admît ou rejetât la demande, serait également sujette à critique. Req. rej., 16 janvier 1843, Sir., 43, 1, 412. Voy. encore en ce sens les arrêts cités à la note 29 *supra*.

[32] Les servitudes négatives ne pouvant, comme les servitudes discontinues, s'établir que par titres, ce n'est également que par l'inspection du titre dont se prévaut le demandeur, que le juge de paix se trouvera à même d'apprécier si l'abstention, de la part du propriétaire de l'héritage prétendûment grevé, est ou non le résultat d'une servitude.

[33] Civ. rej., 15 décembre 1812, Sir., 20, 1, 456. Civ. rej., 9 novembre 1825, Sir., 26, 1, 248. Req. rej., 20 mai 1829, Sir., 29, 1, 281. Civ. rej., 12 décembre 1836, Sir., 36, 1, 326. Req. rej., 2 février 1848, Sir., 48, 1, 236. Req. rej., 18 juin 1850, Sir., 52, 1, 113. Civ. rej., 4 janvier 1854, Sir., 54, 1, 235.

[34] Req. rej., 7 juillet 1836, Sir., 37, 1, 159.

[35] Req. rej., 19 avril 1825, Sir., 27, 1, 89. Civ. rej., 31 août 1836, Sir., 37, 1, 132. Civ. rej., 12 décembre 1836, Sir., 37, 1, 326. Req. rej., 16 février 1837, Sir., 37, 1, 328. Civ. cass., 25 juillet 1837, Sir., 37, 1, 885. Req. rej., 25 février 1840, Sir., 40, 1, 341. Req. rej., 24 février 1841, Sir., 41, 1, 492. Req. rej.,

Il est, du reste, bien entendu que le juge du pétitoire peut, sans violer la règle qui défend de cumuler le pétitoire et le possessoire, prendre, dans le cours de l'instance liée devant lui, des mesures provisoires relatives à la garde et à la conservation de la chose litigieuse [36]. Mais il ne pourrait, même par mesure provisoire, statuer sur une demande incidente qui constituerait une véritable action possessoire [37].

b. La règle qui défend le cumul du possessoire et du pétitoire, s'applique également aux parties. A ce point de vue, elle signifie que, le possessoire une fois engagé, le pétitoire ne peut être poursuivi avant que l'instance possessoire soit terminée [38]. Il en résulte, d'une part, que celui qui s'est pourvu au possessoire, ne peut agir au pétitoire, tant que l'instance liée au possessoire n'a pas été vidée, soit par un jugement définitif, soit par un désistement accepté ou tenu pour accepté [39]. Il en résulte, d'autre part, que le défendeur au possessoire ne peut également se pourvoir au pétitoire, tant que l'instance se trouve encore liée au possessoire [40]. Art. 27. Dans ces deux hypothèses, la demande prématurément formée au pétitoire devrait être déclarée non recevable [41].

2 février 1842, Sir., 42, 1, 116. Ord. en Conseil d'État du 11 avril 1848, Sir., 48, 2, 496.

[36] Art. 1961. Cpr. § 409, texte et note 3.

[37] Voyez les arrêts cités à la note 3 *supra*.

[38] Elle signifierait en outre, suivant la Cour de cassation, que le possessoire ne peut être joint au pétitoire par la même action, et devant le même juge. Cpr. Civ. cass., 5 août 1845, Sir., 46, 1, 46. Telle était, en effet, la portée de la défense du cumul dans notre ancien Droit, sous l'empire duquel le même juge connaissait et du possessoire et du pétitoire. Cpr. Ordonnance de 1667, tit. XVIII, art. 5. Mais depuis la loi des 16-24 août 1790, qui a créé les juges de paix, et qui leur a attribué la connaissance exclusive des actions possessoires, l'impossibilité, soit de soumettre à un juge de paix une question pétitoire, à l'occasion d'une action possessoire liée devant lui, soit de porter devant un tribunal de première instance, saisi d'une action pétitoire, une demande incidente relative à la possession, est plutôt le résultat d'une incompétence *ratione materiæ*, que la conséquence de la simple prohibition du cumul. C'est pour ce motif que nous avons cru devoir traiter séparément la question de cumul et celle d'incompétence.

[39] Req. rej., 3 mars 1836, Sir., 36, 1, 875. Cpr. Crim. cass., 9 mai 1828, Sir., 28, 1, 331.

[40] Mais on ne doit pas conclure de là, que le défendeur qui s'est pourvu au pétitoire avant le jugement définitif du possessoire, soit par cela même non recevable à interjeter appel de la sentence rendue contre lui au possessoire. Civ. cass., 19 décembre 1859, Sir., 60, 1, 151.

[41] On a cependant soutenu que la violation de la défense établie par la pre-

c. Le demandeur au pétitoire est, par cela même, déchu de la faculté d'agir au possessoire, pour les troubles antérieurs à l'introduction de la demande. Art. 26. Il n'y serait pas recevable, même en se désistant de cette dernière [42]. Mais rien n'empêche que, si de nouveaux troubles sont commis dans le cours de l'instance au pétitoire, il ne se pourvoie par action possessoire pour en demander la répression [43].

A la différence du demandeur, le défendeur au pétitoire est autorisé à agir au possessoire pour tout trouble de possession, même antérieur à la demande formée contre lui [44].

d. Le défendeur qui a succombé au possessoire, ne peut se pourvoir au pétitoire, qu'après avoir pleinement satisfait aux con-

mière partie de l'art. 27 du Code de procédure n'entraîne qu'une simple fin de non procéder, et non une véritable fin de non recevoir, de telle sorte qu'il n'y aurait pas lieu à rejeter la demande, mais seulement à refuser toute audience au demandeur jusqu'après le jugement au possessoire. Voy. en ce sens : Bélime, nº 475 ; Crémieu, nº 435. Mais ces auteurs restreignent, à notre avis, le sens naturel des termes *ne pourra se pourvoir au pétitoire*, qui emportent l'idée d'un obstacle s'opposant à l'introduction de la demande, tout aussi bien qu'à l'instruction et au jugement de la cause. La seule concession que l'on puisse faire à cette opinion, c'est d'admettre la validité de l'assignation à l'effet d'interrompre la prescription, s'il apparaît, d'après les circonstances, et surtout par le résultat même de l'action possessoire, qu'elle n'a été formée que dans le but de mettre le demandeur au pétitoire dans l'impossibilité d'introduire en temps utile une demande interruptive de prescription. Cpr. Civ. rej., 15 avril 1833, Sir., 33, 1, 278.

[42] La raison en est que celui qui introduit une action pétitoire, est censé avoir renoncé, non pas, il est vrai, au bénéfice de sa possession (*non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit*, L. 12, § 1, D. *de acq. vel amitt. poss.*, 41, 2; Req. rej., 9 juin 1852, Sir., 52, 1, 555), mais à la faculté de demander, par la voie possessoire, la réparation des troubles antérieurs à sa demande. Carré, *op. cit.*, I, p. 54, quest. 127. Crémieu, nº 428. — Cpr. sur les effets de l'introduction d'un référé : Req. rej., 1er février 1860, Sir., 60, 1, 973. Voy. quant aux effets d'un compromis sur le pétitoire : Req. rej., 27 juin 1843, Sir., 43, 1, 816.

[43] En pareil cas, en effet, la présomption de renonciation dont il a été question à la note précédente, n'aurait plus aucun fondement. Req. rej., 7 août 1817, Sir., 18, 1, 400. Civ. cass., 17 avril 1837, Sir., 37, 1, 868. Req. rej., 22 juillet 1837, Sir., 37, 1, 872.

[44] Arg. *a cont.*, art. 26. L'auteur d'un trouble de possession ne peut, en introduisant une action pétitoire, priver le possesseur du bénéfice de l'action possessoire ouverte à son profit. Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, quest. 128. Carré, *De la compétence*, II, p. 368. Curasson, *Compétence des juges de paix*, II, p. 405. Bélime, nº 503. Crémieu, nºs 431 et 432. Civ. cass., 8 avril 1823, Sir., 23, 1, 305. Civ. cass., 3 août 1845, Sir., 46, 1, 46.

damnations prononcées contre lui [45]. Code de procédure, art. 27, al. 1. L'action pétitoire, introduite avant l'accomplissement de cette condition, devrait, comme dans l'hypothèse dont il a été précédemment question, être déclarée non recevable [46].

Toutefois, si le demandeur au possessoire se trouvait en retard de faire liquider les dommages-intérêts et les frais qui lui ont été adjugés, le défendeur pourrait, pour cette liquidation, faire fixer, par le juge du pétitoire, un délai, passé lequel l'action au pétitoire serait reçue [47]. Code de procédure, art. 27, al. 2.

e. La décision intervenue au possessoire ne préjuge le pétitoire, ni quant aux faits mêmes de possession, ni quant aux caractères de ces faits [48]. Cependant, si le juge du possessoire avait incompétemment statué sur le pétitoire par une décision qui ne fût plus susceptible d'être réformée, elle aurait, même au pétitoire, l'autorité de la chose jugée [49].

2. Des règles spéciales aux diverses actions possessoires.

§ 187.

a. *De la complainte.*

1° *Des personnes admises à exercer la complainte, et de celles contre lesquelles cette action peut être formée.*

Toute personne qui, par elle-même ou par autrui, possède un immeuble corporel *animo domini*, ou exerce, comme lui appartenant, un droit de servitude, de jouissance, ou d'usage, susceptible de former l'objet d'une action possessoire, est admise à intenter la complainte.

Le communiste est recevable à la former contre des tiers, sans avoir besoin du concours de ses consorts [1]. Il peut même l'exercer contre ceux de ces derniers qui, en le troublant dans la jouissance commune, manifesteraient des prétentions à un droit ex-

[45] Cpr. Civ. cass., 30 novembre 1840, Sir., 41, 1, 58.

[46] Cpr. Civ. rej., 25 août 1852, Sir., 52, 1, 810.

[47] Cpr. Paris, 28 mai 1853, Sir., 53, 2, 462.

[48] Req. rej., 28 décembre 1857, Sir., 58, 1, 741. Voy. aussi les autres autorités citées à la note 30 du § 769.

[49] Voy. à cet égard les autorités citées à la note 9 du § 769.

[1] Civ. cass., 23 novembre 1836, Sir., 37, 1, 532.

clusif[2]. Ces propositions s'appliquent notamment au copossesseur d'un mur, d'une haie, ou d'un fossé mitoyen[3], et d'une cour ou d'une allée commune.

L'usufruitier est également recevable à intenter la complainte pour tout trouble apporté à sa jouissance, soit par des tiers, soit même par le nu-propriétaire[4].

Les personnes qui ne possèdent que pour le compte d'autrui, et qui n'exercent en leur propre nom qu'un droit personnel de jouissance, sont sans qualité pour former la complainte. Tels sont le fermier, le locataire, le créancier sur antichrèse[5], et même, à notre avis, l'emphytéote[6].

La complainte est recevable contre toute personne qui a commis un trouble de possession ou qui l'a fait commettre. Elle l'est spécialement contre l'adjudicataire d'un immeuble saisi, qui aurait tenté de se mettre en possession de cet immeuble au préjudice d'un tiers possesseur[7].

La complainte est régulièrement intentée contre celui qui a commis personnellement un trouble de possession, encore qu'il prétende n'avoir agi que comme représentant ou d'après les ordres d'un tiers, par exemple, d'une commune, sauf à lui à mettre en cause la personne pour le compte de laquelle il aurait agi[8].

[2] Req. rej., 8 décembre 1824, Sir., 25, 1, 197. Req. rej., 4 avril 1842, Sir., 42, 1, 686. Req. rej., 6 janv. 1852, Sir., 52, 1, 317.

[3] La recevabilité de la complainte est en principe incontestable; et si la mitoyenneté est reconnue, l'admission de cette action, en cas de trouble apporté à la jouissance commune, ne saurait faire difficulté. Que si la mitoyenneté était contestée, le juge du possessoire pourrait, pour éclairer la situation respective des parties au point de vue de la possession, consulter non-seulement les signes ou marques de non-mitoyenneté, mais encore les titres. Cpr. Pardessus, *Des servitudes*, II, 326, p. 267 et suiv.

[4] Toullier, III, 418. Duranton, IV, 513. Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1259. Pardessus, *Des servitudes*, II, 332. Henrion de Pansey, *Compétence des juges de paix*, chap. 40. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 712. Bélime, nos 302 et 303. Civ. cass., 14 décembre 1840, Sir., 41, 1, 237.

[5] Carré, *Compétence*, II, 410. Carou, no 238. Cpr. cep. Bélime, no 312.

[6] Cpr. § 185, texte, no 2, et note 22; § 224 *bis*.

[7] En vain l'adjudicataire se prévaudrait-il du jugement qui a condamné la partie saisie au délaissement, puisque ce jugement ne lui a transmis, soit quant à la propriété, soit quant à la possession, d'autres droits que ceux qui appartenaient au saisi, et qu'il n'a pu priver le tiers possesseur des avantages attachés à sa possession. Code de procéd., art. 717. Civ. cass., 7 février 1849, Sir., 49, 1, 401.

[8] Req. rej., 15 juillet 1834, Dalloz, 1834, 1, 431. Civ. cass., 13 juin 1843, Sir., 43, 1, 597.

Après le décès de l'auteur du trouble, cette action est utilement dirigée contre ses héritiers ou successeurs universels [9].

La complainte peut être formée contre tout détenteur, même de bonne foi, qu'il soit ou non le successeur de l'auteur de la dépossession ou du trouble, en tant du moins que cette action a pour objet le délaissement de l'immeuble litigieux, ou le rétablissement des choses dans l'état où elles se trouvaient antérieurement au trouble [10]. Quant aux dommages-intérêts, le paiement n'en peut être poursuivi que contre l'auteur de l'atteinte portée à la possession, et contre ses héritiers ou successeurs universels : ses successeurs particuliers n'en sont point passibles, à moins qu'ils n'aient été de mauvaise foi.

2° *Des qualités que doit avoir la possession et du temps pendant lequel elle doit avoir duré pour donner lieu à la complainte.*

L'art. 23 du Code de procédure, en indiquant d'une manière énonciative quelques-unes des qualités que doit avoir la possession pour autoriser la complainte, n'en donne point une énumération complète [11]. Il y a lieu pour la compléter, de recourir à l'art. 2229 du Code Napoléon, en admettant qu'en général, et sauf

[9] Les héritiers et successeurs universels, responsables de tous les faits de leur auteur, sont notamment tenus des obligations qui procèdent d'un délit ou d'un quasi-délit. Il en résulte que, dût-on même considérer la complainte comme reposant exclusivement sur le fait illicite du trouble ou de la dépossession, elle resterait toujours ouverte contre les héritiers ou successeurs universels de l'auteur de ce fait illicite, comme elle l'était contre ce dernier. Voy. cep. Crémieu, nos 389 à 391.

[10] Dans les principes de notre Droit, la complainte est accordée pour la protection de la saisine possessoire, et l'on ne peut pas dire, comme pour la réintégrande, qu'elle soit exclusivement fondée sur le fait illicite du trouble ou de la dépossession, ce fait n'étant en réalité que la cause occasionnelle de son exercice. D'un autre côté, le délaissement de l'immeuble litigieux, ou le rétablissement des choses dans leur ancien état, ne peut être demandé que contre celui entre les mains duquel se trouve cet immeuble ou le fonds sur lequel ont été établis les travaux qu'il s'agit de faire disparaître ou modifier. Il résulte de ces considérations que la complainte présente sous ce rapport un caractère de réalité, comme le droit probable de propriété ou de servitude qu'elle est destinée à garantir. Duranton, IV, 245. Troplong, *De la prescription*, I, 238. Bélime, n° 210. Crémieu, n° 392. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 190 *b*, texte et note 2.

[11] L'objet principal de cet article est de déterminer, d'une part, le temps pendant lequel la possession doit avoir duré pour autoriser la complainte, et de fixer, d'autre part, le délai dans lequel cette action doit être formée à peine de déchéance.

de rares exceptions[12], la possession ne peut autoriser la complainte que lorsqu'elle réunit les qualités dont elle doit être revêtue pour servir de base à l'usucapion[13]. Il faut donc qu'elle apparaisse exempte de tout vice de précarité, de clandestinité, ou de violence, qu'elle soit non équivoque, et que de plus, elle ait duré d'une manière continue et non interrompue pendant le laps de temps fixé par l'art. 23 du Code de procédure.

Les explications données au § 180 sur les vices de la possession nous dispensent d'y revenir ; nous nous contenterons de rappeler, en ce qui concerne spécialement la précarité, que ce vice, qui est absolu en tant qu'il s'applique à la détention de ceux qui possèdent pour le compte d'autrui, n'est plus que relatif, au point de vue de l'action possessoire, lorsqu'il s'agit de la quasi-possession de droits de servitude, de jouissance, ou d'usage, exercés par suite d'une simple tolérance. L'exercice de pareils droits autorise ainsi la complainte contre toute personne autre que l'auteur de la concession précaire[14].

Les règles relatives à la continuité et à la non-interruption de la possession, dont il a déjà été sommairement question au § 179, seront plus amplement développées dans la théorie de l'usucapion. On y expliquera également ce qu'il faut entendre par une possession équivoque. Nous nous bornerons donc à indiquer ici certaines particularités qui se rattachent au temps pendant lequel la possession doit avoir duré pour donner ouverture à la complainte.

Le laps de temps nécessaire pour acquérir la saisine possessoire et pour autoriser la complainte, est d'une année au moins[15]. Code de procédure, art. 23.

[12] Cpr. texte et note 14 *infra* ; § 185, texte n° 4, et texte n° 5, note 51.

[13] *Rapport au Corps législatif*, par Faure, orateur du Tribunat (Locré, *Lég.*, XXI, p. 558, n° 11). Troplong, *De la prescription*, I, 331. Curasson, *De la compétence des juges de paix*, I, p. 84. Bélime, nes 28 et 29. Crémieu, n° 264. Carou, n° 665. Voy. en sens contraire : Serrigny, *Droit administratif*, II, 695.

[14] Cpr. § 180, texte n° 1, et note 15 ; § 185, texte n° 4.

[15] Les termes *une année au moins*, dont se sert l'art. 23 du Code de procédure, ne sont pas synonymes des mots *an et jour*, autrefois employés pour indiquer le laps de temps nécessaire à l'acquisition de la saisine possessoire. Il résulte bien de la rédaction de l'article précité qu'il faut, à cet effet, une année complète de possession, mais il en résulte aussi que le jour en sus n'est plus exigé. L'on invoquerait en vain, pour soutenir le contraire, la disposition de l'art. 2243 du Code Napoléon, d'après lequel l'interruption de la possession n'entraîne celle de la prescription que quand elle a duré pendant plus d'une année. Il n'y a rien à conclure de cette disposition, qui ne concerne que la perte de la

La possession annale doit avoir immédiatement précédé le trouble ou la dépossession dont se plaint le demandeur en complainte. Mais il n'est pas nécessaire que les faits constitutifs ou indicatifs de cette possession annale aient été accomplis dans l'année qui a précédé le trouble ou la dépossession [16]. Il suffit que la possession antérieurement acquise n'ait pas été perdue par un abandon volontaire, ou par une interruption de plus d'une année [17].

La possession annale est exigée, non-seulement quand la complainte est formée contre un précédent possesseur annal, mais encore dans le cas où elle serait dirigée contre une personne qui ne pourrait se prévaloir d'aucune possession utile, antérieure au fait de trouble ou de dépossession qu'elle a commis [18].

Du reste, le demandeur en complainte peut, pour compléter l'année requise, joindre à sa possession celle de son auteur [19].

3° *Du trouble de possession.*

La complainte suppose un trouble de possession.

On entend par trouble, dans le sens général de ce mot, tout fait matériel ou tout acte juridique qui, soit directement et par lui-même, soit indirectement et par voie de conséquence, constitue ou implique une prétention contraire à la possession d'autrui.

Les faits ou actes de cette nature autorisent la complainte, bien

possession, quant au temps nécessaire à l'acquisition de la saisine. Bélime, n° 348. Crémieu, n° 269. Cpr. Civ. rej., 19 mars 1834, Sir., 34, 1, 838. Voy. en sens contraire : Curasson, *op. cit.*, II, p. 68.

[16] Req. rej., 4 juillet 1838, Sir., 38, 1, 882. Cpr. Civ. rej., 19 mars 1834, Sir., 34, 1, 838 ; Civ. rej., 5 juin 1839, Sir., 39, 1, 621.

[17] Cpr. § 179, texte n° 1, lett. *b*, et texte n° 2, lett. *b*. Voy. aussi le § 217, où nous expliquerons les deux maximes : *Olim possessor, hodie possessor ; Probatis extremis, præsumitur medium.*

[18] On comprend que des doutes aient pu s'élever à cet égard sous l'empire de l'ordonnance de 1667, par la raison que l'art. 1er du titre XVIII de cette ordonnance ne mentionnait pas expressément l'annalité de la possession comme une condition indispensable à la recevabilité de la complainte. Mais aujourd'hui, et en présence des termes formels de l'art. 23 du Code de procédure, dont la disposition générale et absolue ne comporte aucune distinction, nous regardons comme certaine la proposition énoncée au texte. Garnier, p. 80. Crémieu, n° 268. Req. rej., 9 février 1837, Sir., 37, 1, 609. Voy. en sens contraire : Pigeau, *Procédure civile*, liv. III, vis Pétitoire et Possessoire, II, p. 507 ; Carré, *Des justices de paix*, II, p. 382 ; Bélime, n° 366.

[19] Art. 2235. Cp. § 181, texte et note 4.

qu'ils n'aient encore causé aucun dommage à celui qui veut la former, ou que même ils ne soient pas de nature à lui porter un préjudice matériel [20].

Dans son acception étendue, le trouble comprend aussi bien la dépossession complète, que la simple atteinte portée à la possession.

On appelle troubles de fait, les agressions matérielles commises contre la possession [21], et troubles de droit, les attaques judiciaires ou extra-judiciaires dirigées contre elle.

Les faits dommageables qui, de leur nature et d'après les circonstances dans lesquelles ils ont eu lieu, n'indiquent, de la part de leur auteur, ni prétention à un droit, ni contestation de la possession de celui au préjudice duquel ils ont été commis, ne constituent pas des troubles de possession. De pareils faits peuvent bien donner lieu à une action en dommages-intérêts, mais n'autorisent pas la complainte [22]; et le juge de paix devrait, dans ce cas, se dessaisir, à moins qu'il ne fût compétent pour statuer sur la demande considérée comme action en dommages-intérêts.

Mais si l'auteur d'un fait qui, de sa nature, doit être envisagé comme un trouble, se bornait à opposer pour sa défense qu'il n'entend pas contester la possession du demandeur, la complainte n'en serait pas moins recevable [23].

[20] En d'autres termes, l'intérêt qu'a le possesseur de faire reconnaître ou respecter sa possession, suffit à lui seul, et indépendamment de tout dommage éprouvé, pour motiver la complainte. Bélime, nº 317. Garnier, I, 64. Civ. cass., 6 avril 1859, 59, 1, 593. Voy. aussi l'arrêt cité à la note suivante.

[21] Le fait du riverain qui a établi des ouvrages destinés, non-seulement à défendre sa rive, mais à rejeter le courant sur la rive opposée, constitue une agression matérielle à la possession du propriétaire de cette rive, et une pareille agression autorise la complainte, bien qu'elle n'ait encore causé aucun dommage. Civ. cass., 1er décembre 1829, Sir., 30, 1, 32.

[22] Bélime, nos 315 et suiv. Crémieu, nos 307 à 309. Cpr. § 186, note 5. Voy. aussi Req. rej., 16 avril 1833, Dalloz, 1833, 1, 173; Civ. rej., 21 avril 1834, Dalloz, 1834, 1, 214. Ces deux arrêts sont critiqués par Bélime comme contraires, selon lui, à la proposition énoncée au texte. Mais cette critique ne nous paraît nullement fondée quant au second de ces arrêts, dans l'espèce duquel le fait de passage dont se plaignait le demandeur, constituait de sa nature un véritable trouble de possession. Dans l'affaire sur laquelle est intervenu le premier arrêt, le fait reproché n'avait pas, il est vrai, ce caractère; mais le défendeur, loin d'avoir fait valoir ce moyen, avait jusqu'à un certain point contesté l'efficacité de la possession du demandeur, comme s'appliquant à un terrain dépendant du domaine public, et cette circonstance explique la décision de la Cour de cassation.

[23] Aubin, *Revue critique*, 1859, XV, p. 387 et suiv. Req. rej., 15 juillet 1834, Dalloz, 1834, 1, 431. Cpr. Bélime, nº 319; Crémieu, nº 310.

Pour décider si les faits allégués comme constituant une agression matérielle contre la possession, ont ou non ce caractère, il faut bien moins s'attacher à leur nature particulière, qu'aux résultats qu'ils ont produits en ce qui concerne la possession [24].

Il importe donc peu que ces faits aient été ou non accompagnés de violence, et qu'ils aient eu lieu d'une manière publique ou clandestine. Il importe également peu que les travaux dont le demandeur se plaint, comme portant atteinte à sa possession, aient été exécutés sur son fonds ou sur celui du défendeur [25].

Enfin, le trouble peut résulter de l'exécution de travaux publics, tout aussi bien que de l'établissement de travaux privés [26]. Néanmoins, les travaux exécutés par l'administration dans un intérêt général de sûreté, de salubrité, de voirie ou de navigation, ne peuvent donner lieu à complainte, qu'autant qu'il en est résulté une expropriation au moins partielle, c'est-à-dire une occupation permanente d'un terrain, ou la suppression d'une servitude active [27]. Que si de pareils travaux n'avaient occasionné qu'un simple préjudice, même permanent, le dédommagement n'en pourrait être poursuivi que devant la juridiction administrative [28].

La réparation, ou, qui plus est, la reconstruction, à la même place et dans les mêmes dimensions, d'un ouvrage dont l'existence remontait à une année au moins antérieurement aux nouveaux travaux, ne saurait être considérée comme un trouble de possession [29]. Au contraire, des faits d'aggravation de servitude constituent un trouble, tout comme l'exercice d'une servitude nouvelle [30].

[24] Cpr. Req. rej., 18 août 1842, Sir., 42, 1, 965.

[25] Troplong, *De la prescription*, II, 320. Daviel, *Des cours d'eau*, II, 584. Req. rej., 11 août 1819, Sir., 19, 1, 449. Req. rej., 20 mai 1829, Sir., 29, 1, 281. Req. rej., 26 janvier 1836, Sir., 36, 1, 90. Civ. cass., 18 avril 1838, Sir., 38, 1, 547. Voy. aussi les arrêts cités à la note 61 *infra*.

[26] Req. rej., 4 novembre 1846, Sir., 48, 1, 309. Cpr. Civ. rej., 7 juin 1848, Sir., 48, 1, 569.

[27] Voy. spécialement, en ce qui concerne les travaux entrepris pour l'élargissement d'un chemin vicinal, § 185, texte nº 1 et note 8.

[28] Aubin, *op. cit.*, p. 392. Demolombe, IX, 567. Req. rej., 5 décembre 1842, Sir., 43, 1, 25. Req. rej., 29 mai 1845, Sir., 46, 1, 41. Tribunal des conflits, 29 mars et 18 novembre 1850, Sir., 50, 2, 429, et 51, 2, 219. Riom, 3 février 1851, Sir., 51, 2, 187. Civ. cass., 29 mars 1852, Sir., 52, 1, 410. Req. rej., 9 janvier 1856, Sir., 56, 1, 317.

[29] Req. rej., 26 février 1839, Sir., 39, 1, 303.

[30] Civ. cass., 10 août 1858, Sir., 59, 1, 36. Cpr. Req. rej., 17 mai 1843, Sir., 43, 1, 811 ; Req. rej., 29 décembre 1858, Sir., 59, 1, 799.

Quant aux entreprises sur les cours d'eau, la question de savoir si elles constituent ou non des troubles de possession, peut se présenter sous deux aspects différents, suivant que le demandeur en complainte a joui de la totalité des eaux, soit pour le roulement d'une usine, soit pour tout autre usage d'utilité ou d'agrément, ou qu'il n'en a joui que d'une manière partielle et restreinte pour l'irrigation de son fonds.

Dans la première hypothèse, toute entreprise qui a pour résultat de priver le possesseur d'une partie plus ou moins notable des eaux, constitue par elle-même un trouble donnant ouverture à complainte [31], à moins que les faits reprochés au défendeur n'aient eu lieu en conformité, soit d'un règlement administratif ou judiciaire, soit d'une convention intervenue entre les parties [32], ou qu'ils n'aient été qu'une simple continuation, sans aucune extension, d'une jouissance antérieure [33].

Dans la seconde hypothèse, l'entreprise commise sur le cours d'eau ne peut être considérée comme un trouble, qu'autant qu'elle a porté atteinte à la possession du demandeur, soit en diminuant le volume d'eau dont il disposait, soit en entravant, sous le rapport du temps ou de toute autre manière, la faculté d'irrigation dont il jouissait [34]. Mais aussi, quand ces conditions se rencon-

[31] En effet, le riverain qui, par des travanx apparents, a manifesté l'intention de s'approprier l'usage de la totalité des eaux, a, au regard des autres riverains qui n'en avaient pas précédemment joui, une possession suffisamment caractérisée pour faire considérer comme un trouble toute entreprise de nature à opérer la dérivation d'une portion quelconque des eaux. Civ. cass., 1er mars 1815, Sir., 15, 1, 220. Req. rej., 26 janvier 1836, Sir., 36, 1, 90. Req. rej., 6 décembre 1836, Sir., 37, 1, 66. Civ. cass., 4 mars 1846, Sir., 46, 1, 401. Civ. cass., 24 avril 1850, Sir., 50, 1, 461. Req. rej., 5 février 1855, Sir., 56, 1, 86. Cpr. Civ. rej., 4 janvier 1841, Sir., 41, 1, 248.

[32] Req. rej., 17 février 1858, Sir., 59, 1, 491. Civ. rej., 30 novembre 1859, Sir., 60, 1, 372.

[33] Dans cette hypothèse, la jouissance de l'usinier, quoique portant, pendant la majeure partie du temps, sur la totalité des eaux, se trouve cependant restreinte à certaines époques, par l'exercice de la faculté d'irrigation de la part de l'autre riverain, et à supposer même que, dans l'année qui a précédé l'entreprise qui lui est reprochée, ce dernier n'ait point fait usage de la faculté d'irrigation, cette simple abstention n'a pu avoir pour effet d'étendre à son égard la jouissance de l'usinier. Cpr. texte nº 2, et note 16 *supra*.

[34] La différence qui existe entre cette hypothèse et la première s'explique par la considération suivante : le riverain qui fait des travaux destinés à faciliter l'irrigation de ses fonds, manifeste bien par là l'intention d'exercer la faculté d'irriguer, et par suite de s'opposer à tout acte qui aurait pour résultat de le priver en tout

trent en fait, le trouble doit-il être reconnu [35], sans qu'il y ait lieu, pour le juge du possessoire, d'examiner si la jouissance des eaux, telle que le défendeur l'a exercée, est ou non abusive au point de vue des droits d'usage compétant respectivement aux parties en vertu de l'art. 644, droits qui ne sauraient être débattus et réglés qu'au pétitoire [36]. A plus forte raison, l'existence du trouble doit-elle être admise, lorsque, l'usage des eaux ayant été réglé par un acte administratif, par un jugement, ou par une convention, l'un des riverains a contrevenu au règlement [37].

Du reste, il y a trouble à la possession d'un usinier, non-seulement lorsque l'entreprise a eu pour résultat de diminuer le volume d'eau qui arrivait à son usine, mais encore dans le cas où un riverain supérieur, en faisant des travaux de nature à empêcher l'écoulement naturel et continu des eaux, a substitué une force motrice intermittente à une force motrice permanente [38], ainsi que dans celui où un riverain inférieur, en établissant des travaux ayant pour effet de faire refluer les eaux vers l'usine, a diminué la force motrice de la chute d'eau [39].

Le trouble de droit peut résulter de tout acte extrajudiciaire par lequel une personne s'arroge la possession d'un fonds possédé par une autre personne, ou manifeste une prétention contraire à la possession d'autrui [40]. C'est ainsi que la sommation faite à un fermier par un tiers de payer les fermages entre ses mains, constitue un trouble à la possession du bailleur [41]. Pareillement, la défense faite, par acte extrajudiciaire, au possesseur d'un fonds

ou en partie des avantages de l'irrigation, mais n'annonce nullement la prétention d'exclure d'une manière absolue les riverains supérieurs de toute participation à l'usage des eaux.

[35] Civ. rej., 28 avril 1829, Sir., 29, 1, 183. Req. rej., 18 juin 1850, Sir., 51, 1, 113. Civ. cass., 2 août 1853, Sir., 53, 1, 694.

[36] C'est ce que la chambre civile a nettement décidé par son arrêt du 20 mars 1860 (Sir., 61, 1, 54), contrairement à la doctrine précédemment émise par la chambre des requêtes. Voy. Req. rej., 16 février 1824, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 1, 393; Req. rej., 11 juin 1844, Sir., 44, 1, 729. Cpr. § 185, texte et note 48.

[37] Req. rej., 16 janvier 1856, Sir., 56, 1, 577.

[38] Req. rej., 3 août 1852, Sir., 52, 1, 652.

[39] Civ. cass., 18 avril 1838, Sir., 38, 1, 547. Req. rej., 8 décembre 1841, Sir., 42, 1, 970.

[40] Pothier, *De la possession*, nº 103. Merlin, *Rép.*, vº Complainte, § 4, nº 1. Henrion de Pansey, *De la compétence des juges de paix*, chap. 37. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 396. Bélime, nº 330. Crémieu, nº 313.

[41] Cpr. Civ. rej., 12 octobre 1814, Sir., 15, 1, 124.

d'y élever des constructions, forme un trouble à la possession de ce dernier [42]. De même enfin, le prévenu, traduit en justice répressive par suite d'un procès-verbal dressé à la requête de l'État, d'une commune, ou d'un simple particulier, peut, en opposant à la poursuite l'exception préjudicielle *feci*, *sed jure feci*, prendre ce procès-verbal pour trouble à sa possession et former la complainte [43].

Le trouble de droit peut également résulter d'une contestation judiciaire sur la possession. C'est ainsi que le défendeur actionné en complainte peut, en prenant cette action pour un trouble à sa possession, se constituer reconventionnellement demandeur en complainte [44].

Les actes par lesquels une personne aurait disposé d'un fonds possédé par un tiers, ne constituent pas un trouble à la possession de ce dernier [45]. Il en est de même des actions pétitoires intentées contre le possesseur [46].

4° Des exceptions et des moyens de fond opposables à la complainte.

Le défendeur peut contester la recevabilité de la complainte, soit parce qu'elle porterait sur une chose ou sur un droit non susceptible de former l'objet d'une action possessoire, soit parce que le demandeur serait sans qualité pour l'intenter, soit parce qu'elle n'aurait pas été introduite dans l'année du trouble, soit, enfin, parce que la question de propriété ou de servitude se trouverait déjà liée au pétitoire [47].

Il peut aussi, le cas échéant, proposer un déclinatoire fondé sur ce que la réparation du préjudice allégué n'est susceptible d'être poursuivie que devant la juridiction administrative [48].

Il peut encore contester la compétence du juge de paix saisi de la complainte, comme n'étant pas celui de la situation de l'immeuble litigieux.

[42] L. 3, § 2, D. *uti poss.* (43, 17). Bélime, *loc. cit.* Crémieu, *loc. cit.*

[43] Civ. cass., 10 janvier 1827, Sir., 27, 1, 284. Cpr. Civ. rej., 18 août 1823, Sir., 24, 1, 81; Req. rej., 14 juin 1843, Sir., 43, 1, 590.

[44] Pothier, *op. et loc. citt.* Rauter, *op. et loc. citt.* Civ. rej., 12 décembre 1853, Sir., 55, 1, 742.

[45] Bélime, nos 332 et 333.

[46] Merlin, *Quest.*, v° Complainte, § 1. Carré, *Lois de la compétence*, II, p. 346.

[47] Cpr. sur ces différents points : § 185, et Req. rej., 24 février 1841, Sir., 41, 1, 492 ; texte n° 1 *supra* ; § 186, texte n° 2, lett. *b* ; § 186, texte n° 3, lett. *b*.

[48] Cpr. texte n° 3 et notes 26 à 28 *supra*.

Au fond, le défendeur est admis à repousser la complainte, soit en déniant le fait même de la possession, ou l'étendue que prétend lui attribuer le demandeur, soit en soutenant qu'elle ne réunit pas les caractères exigés par la loi, ou qu'elle n'a pas duré pendant une année[49], soit enfin, en réclamant pour lui-même, au moyen d'une demande reconventionnelle, le bénéfice de la possession[50].

Il est admis, d'un autre côté, à dénier l'existence du trouble allégué par le demandeur, ou à soutenir qu'il n'en est pas l'auteur, ou même à établir qu'ayant agi sous l'empire d'une nécessité légale, que lui imposaient des ordres donnés par l'administration dans un intérêt général, le fait dont on argue ne saurait lui être imputé comme un trouble de possession[51].

Mais le défendeur ne peut, en aucun cas, se justifier en alléguant qu'il n'a fait qu'user de son droit[52]. C'est ainsi notamment que le riverain, actionné à raison d'une entreprise sur un cours d'eau servant au roulement d'une usine, ne peut invoquer pour sa défense la faculté d'irrigation que l'art. 644 accorde aux riverains d'un cours d'eau[53].

5° *De l'office du juge en matière de complainte.*

Le juge de paix doit, conformément à la règle *Actore non probante, reus absolvitur*, rejeter la complainte, si le demandeur ne justifie pas d'une manière suffisante et de sa possession annale et du trouble imputé au défendeur.

Lorsque ce dernier élève de son côté des prétentions à la possession réclamée par le demandeur, et que l'un et l'autre rapportent la preuve de faits possessoires, il y a lieu d'examiner avant tout si les parties n'ont pas joui sous des rapports divers de l'objet litigieux, et, en cas d'affirmative, le juge doit maintenir chacune d'elles dans sa possession respective. Il en serait ainsi, par exemple,

[49] Cpr. texte n° 2 *supra*; texte n° 3, et note 34 *supra*.

[50] Cpr. Req. rej., 24 juillet 1839, Sir., 40, 1, 81; Req. rej., 14 juin 1843, Sir., 43, 1, 589.

[51] Req. rej., 7 juin 1836, Sir., 37, 1, 65.

[52] Civ. cass., 20 juillet 1836, 1, 836. Voy. aussi les arrêts cités à la note 22 du § 186.

[53] Cpr. § 186, texte n° 3, et note 23. Voy. aussi les arrêts cités à la note 48 du § 185. La proposition énoncée au texte n'est pas contraire à l'opinion que nous avons émise texte et note 34 *supra*. Si le juge de paix peut en point de fait, et eu égard à la possession restreinte du demandeur, décider que le défendeur ne l'a pas troublé dans cette possession en usant, en vertu de l'art. 644, de la fa-

dans le cas où l'une des parties aurait émondé les arbres, et l'autre fauché les herbes d'un terrain [54].

Que si les faits possessoires respectivement prouvés étaient de même nature, et qu'il ne fût pas possible de déterminer, d'après l'examen des titres et l'appréciation des circonstances de la cause, quelle est celle des deux possessions qui se trouve la mieux caractérisée ou colorée, le juge de paix devrait, en général, maintenir les deux parties dans leur possession commune [55]. Toutefois, il pourrait aussi, sans prononcer cette co-maintenue, renvoyer les parties à se pourvoir au pétitoire [56], soit purement et simplement, soit en établissant un sequestre [57], ou même en accordant la récréance, c'est-à-dire la garde provisoire de l'objet litigieux à l'une ou l'autre des parties, à la charge de rendre compte des fruits le cas échéant [58].

culté d'irrigation, il ne peut pas, sans empiéter sur le pétitoire, décider, en point de droit, que le fait reproché au défendeur ne saurait constituer un trouble de possession, en ce que ce fait n'a été que l'exercice de la faculté légale d'irrigation.

[54] Cpr. § 185, texte nº 1, notes 13 et 14. Bélime, nº 401.

[55] Bélime, nº 401. Crémieu, nº 447. Req. rej., 28 avril 1813, Sir., 13, 1, 392. Req. rej., 11 mai 1841, Sir., 41, 1, 708. Cpr. § 186, texte nº 3 et note 28.

[56] La maxime *Actore non probante, reus absolvitur*, reçoit ici forcément exception, puisque les deux parties, également demanderesses en maintenue possessoire, n'ont, ni l'une ni l'autre, justifié d'une possession exclusive. Henrion de Pansey, *op. cit.*, chap. 48. Poncet, *Des actions*, nº 59. Carré, *Lois de la procédure*, I, *Quest.* 111. Curasson, *Compétence des juges de paix*, II, p. 392. Garnier, p. 69. Rodière, *Procédure civile*, I, p. 96. Req. rej., 17 mai 1819, Sir., 19, 1, 395. Req. rej., 11 février 1857, Sir., 57, 1, 673. Civ. rej., 5 novembre 1860, Sir., 61, 1, 17. Voy. en sens contraire : Bélime, nos 398 et suiv.; Carou, nos 632 et 633; Chauveau, sur Carré, *op. et loc. citt.*; Alauzet, p. 267.

[57] Art. 1961, nº 2. Cpr. § 409, texte et note 3. Civ. rej., 31 juillet 1838, Sir., 38, 1, 676. Req. rej., 16 novembre 1842, Sir., 42, 1, 907. Req. rej., 11 février 1857, Sir., 57, 1, 673.

[58] Tout en reconnaissant au juge de paix la faculté d'établir un séquestre pour le maintien de la paix publique, et dans l'intérêt même des deux parties dont aucune n'a justifié d'une possession exclusive, certains auteurs lui contestent cependant le droit d'accorder la récréance à l'une d'elles, par le motif que cette mesure, admise dans notre ancienne jurisprudence, ne pourrait plus l'être aujourd'hui en présence de l'art. 1041 du Code de procédure. Cpr. Crémieu, nos 454 à 461. Mais en faisant cette objection, on oublie que, la récréance n'étant qu'une espèce de séquestre confié à l'une des parties, le juge doit pouvoir l'accorder toutes les fois que les circonstances l'autorisent à établir un séquestre. Cpr. Code de procédure, art. 681. Pothier, *De la possession*, nº 105. Henrion de Pansey, *op. et loc. citt.* Garnier, *loc. cit.* Req. rej., 16 novembre 1842, Sir., 42, 1, 907.

Il semble que le juge de paix serait encore autorisé à prononcer le renvoi au pétitoire, et à recourir à l'une des mesures qui viennent d'être indiquées, si les deux parties, prétendant également à la possession, avaient chacune rapporté la preuve de faits caractéristiques d'une possession exclusive, mais sans en avoir établi l'annalité.

Le juge de paix qui accueille une complainte, peut accorder des dommages-intérêts pour la réparation du préjudice causé par le trouble. Il peut aussi et doit même condamner le défendeur au délaissement de l'immeuble litigieux, ou ordonner la suppression des travaux par lesquels le trouble a été causé et le rétablissement des choses dans leur ancien état [59]. Cette suppression et ce rétablissement devraient être ordonnés, alors même que les travaux se trouveraient complétement terminés [60], et qu'ils auraient été exécutés sur le fonds du défendeur [61]. Toutefois, et par une

[59] Troplong, *De la prescription*, I, 325 et suiv. Civ. cass., 30 janvier 1837, Sir., 37, 1, 613. Req. rej., 5 février 1838, Sir., 38, 1, 239. Req. rej., 18 juin 1850, Sir., 51, 1, 113.

[60] Suivant Bélime (n° 367), le juge de paix pourrait, s'il s'agissait de travaux complétement achevés, se dispenser d'en ordonner la démolition, alors du moins que, d'après sa conviction, le défendeur, succombant au possessoire, devrait triompher au pétitoire. Mais cette manière de voir n'est pas admissible. Le juge de paix qui, tout en reconnaissant le trouble causé par l'exécution des travaux, refuserait de le faire cesser sous le prétexte d'une décision hypothétique à intervenir au pétitoire, commettrait un déni de justice, et violerait le principe qui défend le cumul du possessoire et du pétitoire. Nous ajouterons qu'une pareille décision mettrait le possesseur dans la nécessité de se pourvoir au pétitoire, et le priverait ainsi du bénéfice de sa possession.

[61] On avait voulu contester la proposition énoncée au texte, en soutenant que des travaux exécutés sur le fonds du défendeur ne peuvent donner lieu qu'à une action en dénonciation de nouvel œuvre, action qui n'est plus recevable lorsqu'il s'agit de travaux terminés. Mais c'était là une erreur : toute atteinte actuelle à la possession, alors même que le trouble ne résulte que de travaux exécutés sur le fonds du défendeur, donne ouverture, non pas seulement à une action en dénonciation de nouvel œuvre, mais à une véritable complainte. Or que l'achèvement des travaux ait pour effet de rendre non recevable la dénonciation de nouvel œuvre dont le caractère est purement préventif, cela se comprend; mais ce n'est pas un motif pour en conclure que cet achèvement doive également influer sur le sort de la complainte, qui est une action répressive. Aussi l'opinion que nous venons de combattre, est-elle aujourd'hui généralement rejetée. Merlin, *Quest.*, v° Dénonciation de nouvel œuvre, § 6. Garnier, p. 12. Troplong, *op. et loc. citt.* Civ. rej., 28 avril 1829, Sir., 29, 1, 183. Civ. rej., 22 mai 1833, Sir., 33, 1, 354. Civ. cass., 27 mai 1834, Sir., 34, 1, 423. Civ. cass., 17 juin 1834, Sir., 34, 1, 542. Civ. cass., 25 juillet 1836, Sir., 36, 1, 538. Voy. en sens contraire : Henrion de

exception qui tient au principe de la séparation des pouvoirs, le juge de paix, même valablement saisi de la complainte, serait incompétent pour ordonner la suppression ou la modification de travaux exécutés en vertu d'actes administratifs [62].

§ 188.

b. *De la dénonciation de nouvel œuvre* [1].

La dénonciation de nouvel œuvre est une action possessoire ayant pour objet de faire ordonner la suspension de travaux qui, sans causer un trouble actuel à la possession du demandeur, produiraient ce résultat s'ils venaient à être achevés [2].

Pansey, *op. cit.*, chap. 38 ; Req. rej., 15 mars 1826, Sir., 26, 1, 349 ; Req. rej., 14 mars 1827, Sir., 27, 1, 383.

[62] Cpr. texte nº 3 et notes 26 à 28 *supra*. Civ. cass., 22 mars 1837, Sir., 37, 1, 406.

[1] Cpr. sur cette matière : ***Dissertation***, par Alban d'Hauthuille, *Revue de législation*, 1836-1837, V, p. 351 et 444, et VI, p. 49 et 278.

[2] La dénonciation de nouvel œuvre, dont le nom et la première idée nous viennent du Droit romain, avait été transformée par nos anciens auteurs en une action possessoire, qui ne se distinguait de la complainte en cas de saisine et de nouvelleté, que par certains caractères particuliers, sur lesquels cependant on n'était pas complétement d'accord. L'ordonnance de 1667 et le Code de procédure n'ayant fait aucune mention de la dénonciation de nouvel œuvre, on comprend que ce silence ait conduit à soutenir que cette action ne forme plus, sous l'empire de notre législation nouvelle, une action possessoire distincte de la complainte ; et telle est aussi l'opinion que, d'accord avec Zachariæ (§ 187 *a*), nous avions adoptée dans nos premières éditions. Cependant la Cour de cassation avait explicitement ou implicitement admis, en différentes circonstances, l'existence de la dénonciation de nouvel œuvre, comme action possessoire *sui generis*. Voy. les arrêts cités à la note 61 du § 187. C'est dans cet état des choses que fut rendue la loi du 25 mai 1838, dont l'art. 6 mentionne spécialement la dénonciation de nouvel œuvre, en la rangeant avec la complainte au nombre des actions possessoires. En présence de cette disposition, il nous paraît difficile de prétendre encore que cette dénonciation se confonde entièrement avec la complainte. La seule difficulté est, à notre avis, de savoir en quoi elle diffère de cette dernière, et quels en sont les caractères distinctifs. Pour nous, nous y voyons une sorte de fusion de la *novi operis nuntiatio* du Droit romain avec la complainte. Cette manière de voir nous amène à dire qu'elle diffère de la complainte en ce qu'elle peut être formée à raison d'un trouble simplement éventuel, et qu'elle n'en diffère que sous ce rapport. Cette donnée fondamentale une fois admise, les caractères et les effets particuliers de cette action s'en déduisent tout naturellement. Nous hésitons d'autant moins à admettre la dénonciation de nouvel œuvre ainsi comprise, que le demandeur, qui se trouve exposé à se voir troublé dans sa pos-

La dénonciation de nouvel œuvre exige, comme la complainte une possession annale revêtue des caractères indiqués par l'art. 222 du Code Napoléon. Mais elle en diffère en ce qu'elle peut êtr formée à raison d'un trouble simplement éventuel, tandis que l complainte n'est admise que pour un trouble actuel.

D'après sa nature et son objet, la dénonciation de nouvel œuvr ne peut s'appliquer qu'à des travaux exécutés sur un fonds autr que celui du demandeur [3], et qui sont encore en cours d'exécution [4].

En matière de dénonciation de nouvel œnvre, le juge ne peut, comme en matière de complainte, ordonner la suppression des travaux commencés : il doit, lorsqu'il accueille l'action, se borner à en prescrire la suspension.

Du reste, les autres règles développées au § 187 s'appliquent, *mutatis mutandis*, à la dénonciation de nouvel œuvre.

§ 189.

c. *De la réintégrande.*

La réintégrande est une action au moyen de laquelle celui qui a été dépouillé par voie de fait d'un immeuble, ou de la jouissance d'un droit réel immobilier susceptible d'action possessoire, de-

session par l'achèvement de travaux commencés, a un intérêt légitime à prévenir le trouble, en s'opposant à la continuation de ces travaux, et que, d'un autre côté, le défendeur, qui peut toujours faire écarter la demande, en établissant que les travaux, tels qu'il entend les exécuter, ne sont pas de nature à porter atteinte à la possession du demandeur, n'aurait dans l'hypothèse contraire aucun motif sérieux et raisonnable pour les continuer. Cpr. Troplong, *De la prescription*, I, 313 et suiv.; Req. rej., 4 février 1856, Sir., 56, 1, 433.

[3] En effet, des travaux entrepris sur le fonds d'autrui constituent toujours un trouble actuel pour le possesseur de ce fonds, et donnent ainsi ouverture, non à une simple dénonciation de nouvel œuvre, mais à une véritable complainte, alors même qu'ils ne sont point encore achevés.

[4] Par cela même que la dénonciation de nouvel œuvre tend simplement à faire suspendre la continuation de travaux commencés, elle devient sans objet lorsque les travaux sont complétement achevés. Mais à supposer qu'il en résulte un trouble réel à la possession, le possesseur pourra recourir à la voie de la complainte, qui sera encore recevable, pourvu qu'elle soit formée dans l'année à partir du moment où, par leur état d'ayancement, les travaux ont réellement porté atteinte à sa possession. Cpr. § 186, texte nº 2 et note 11 ; § 187, texte et note 61; Req. rej., 26 juin 1843, Sir., 43, 1, 753.

mande à être réintégré dans sa détention ou dans sa jouissance, en vertu de la maxime *Spoliatus ante omnia restituendus* [1].

La réintégrande est une action possessoire *sensu latissimo*, en ce que, d'une part, elle ne porte que sur la possession ou la détention, sans toucher au fond du droit, et en ce que, d'autre part, elle doit, comme toutes les actions possessoires, être intentée dans l'année de la dépossession et portée devant le juge de paix de l'objet litigieux. Code de procédure, art. 3, n° 2. Loi du 25 mai 1838, art. 6, n° 1. Mais elle diffère des actions possessoires proprement dites, et spécialement de la complainte, en ce qu'elle

[1] Nous avons indiqué au § 184, texte et note 4, l'origine de la réintégrande, qui, admise d'ancienne date dans notre Droit, avait été formellement consacrée par l'art. 2, tit. XVIII, de l'ordonnance de 1667, comme action distincte de la complainte. Quoique cette distinction ne se trouve pas reproduite par le Code de procédure, qui semble, au contraire, confondre toutes les anciennes actions possessoires en une seule, la Cour de cassation, se fondant sur l'art. 2060, n° 2, du Code Nap., a toujours considéré la réintégrande comme ayant été conservée par notre législation nouvelle avec les caractères qu'elle avait autrefois. Sa jurisprudence a été vivement combattue; et un grand nombre d'auteurs se sont prononcés pour l'opinion contraire, à laquelle nous nous étions nous-mêmes rangés dans nos premières éditions. Mais la controverse nous paraît devoir cesser en présence de l'art. 6 de la loi du 25 mai 1838, qui, à notre avis, a définitivement sanctionné la jurisprudence de la Cour suprême, en classant la réintégrande, avec la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre, au nombre des actions possessoires sur lesquelles le juge de paix est appelé à statuer. On objecte, à la vérité, que cette loi n'est qu'une loi de compétence, ce qui est exact. Mais, cette concession faite, il n'en reste pas moins certain que le législateur de 1838 a envisagé la réintégrande comme une action distincte de la complainte; et l'on est dès lors amené à se demander ce que c'est que cette action, et quels en sont les caractères distinctifs. Or, pour décider cette question, sur laquelle nos lois nouvelles ne fournissent aucun élément de solution, il faut nécessairement, comme l'a fait la Cour de cassation, recourir aux dispositions de notre ancien Droit. Voy. dans ce sens : Henrion de Pansey, *Compétence des juges de paix*, chap. 52; Favard, *Rép.*, v° Complainte, sect. II, n° 4; Duranton, IV, 246; Pardessus, *Des servitudes*, II, 328; Proudhon, *Du domaine privé*, II, 490 à 492; Garnier, p. 42 et suiv.; Daviel, *Des cours d'eau*, I, 470; Bélime, n^os^ 371 à 381; Devilleneuve, *Observations*, Sir., 36, 1, 15; 37, 1, 615, à la note, et 39, 1, 641. Voy. aussi les arrêts cités aux notes suivantes. Voy. en sens contraire : Toullier, XI, 123 et suiv.; Poncet, *Des actions*, n° 99; Rauter, *Cours de procédure*, § 395; Troplong, *De la prescription*, I, 305 et suiv., et *De la contrainte par corps*, sur l'art. 2060; Vazeille, *Des prescriptions*, II, 708; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, 107 et 107 *bis*; Curasson, *De la compétence des juges de paix*, II, p. 35 à 64; Boitard, *Leçons de procédure*, II, p. 455; Benech, *Des justices de paix*, p. 239 et 267; Alauzet, p. 150 et 254; Crémieu, n^os^ 227 à 231, et 249 à 260; Bolland, *Examen de la doctrine de la Cour de cassation relati-*

est accordée bien moins pour la garantie et la conservation de la possession, que pour la réparation du fait illicite et contraire à la paix publique dont s'est rendu coupable l'auteur d'une dépossession consommée par voie de fait.

La réintégrande n'exige pas pour son admission une possession proprement dite, et qui réunisse tous les caractères indiqués par l'art. 2229 [2]. Ceux qui ne détiennent que pour le compte d'autrui, tels que le fermier ou le créancier sur antichrèse, sont admis à la former tout comme le possesseur *animo domini* [3].

La réintégrande n'exige pas davantage une possession annale [4].

Elle requiert seulement, dans la personne de celui qui l'intente, une détention actuelle, c'est-à-dire la détention au moment de la perpétration de la voie de fait à raison de laquelle l'action est formée [5]. Toutefois, cette détention doit, d'après les motifs mêmes sur les lesquels est fondée la réintégrande, être publique et paisible [6]. D'où il suit que celui qui ne s'était procuré la détention d'une chose qu'au moyen d'actes violents, n'est point admis à former la réintégrande, lorsqu'il a été dépossédé à son tour, même par voie de fait, si d'ailleurs il ne s'est point écoulé, depuis la cessation de la violence, un délai moral suffisant pour faire considérer sa détention comme paisible [7].

La réintégrande suppose, en outre, non pas seulement un simple trouble, mais une dépossession [8]. Encore faut-il que cette dépossession ait été consommée par des voies de fait exercées contre

vement à l'action possessoire appelée réintégrande, Paris et Grenoble 1859, broch. in-8°; Zachariæ, § 187 *a*, texte et note 4.

[2] Req. rej., 18 février 1835, Sir., 35, 1, 886. Civ. cass., 19 août 1839, Sir., 39, 1, 641. Req. rej., 25 mars 1857, Sir., 58, 1, 453.

[3] Bélime, n° 383. Req. rej., 10 novembre 1819, Sir., 20, 1, 209. Req. rej., 16 mai 1820, Sir., 20, 1, 430.

[4] Req. rej., 10 novembre 1819, Sir., 20, 1, 209. Req. rej., 28 décembre 1826, Sir., 27, 1, 73. Req. rej., 4 juin 1835, Sir., 35, 1, 413. Civ. cass., 17 novembre 1835, Sir., 36, 1, 15. Civ. cass., 5 avril 1841, Sir., 41, 1, 295. Civ. cass., 5 août 1845, Sir., 46, 1, 48. Civ. cass., 22 novembre 1846, Sir., 47, 1, 286. Req. rej., 10 août 1847, Sir., 48, 1, 63.

[5] Civ. rej., 11 juin 1828, Sir., 28, 1, 220. Civ. rej., 12 décembre 1853, Sir., 55, 1, 742.

[6] Bélime, n° 382. Req. rej., 10 août 1847, Sir., 48, 1, 63. Req. rej., 25 mars 1857, Sir., 58, 1, 453.

[7] Req. rej., 8 juillet 1845, Sir., 46, 1, 49.

[8] Civ. rej., 12 décembre 1853, Sir., 55, 1, 742.

les personnes ou contre les choses, et qui soient d'une nature assez grave pour compromettre la paix publique [9].

Toute dépossession, soit d'un fonds, soit de la jouissance d'un droit immobilier susceptible d'action possessoire, autorise la réintégrande, lorsqu'elle a été opérée par des actes qui, tels que la démolition d'édifices, de digues ou barrages, la destruction de clôtures, le comblement de fossés, ou l'enlèvement de pierres-bornes, constitueraient des crimes ou des délits, s'ils avaient été commis au préjudice du propriétaire [10].

On doit même aller plus loin et admettre la réintégrande, lorsque la dépossession a été consommée par des actes arbitraires et violents qui, sans constituer des délits de Droit criminel, seraient de nature à autoriser, indépendamment même de la dépossession, une action en dommages-intérêts contre leur auteur [11].

Mais de simples voies de fait, exemptes des caractères aggravants qui viennent d'être indiqués, quoique pouvant motiver une complainte, ne suffisent pas pour fonder la réintégrande. C'est ainsi qu'une simple anticipation de terrain, commise même après bornage, mais sans dévastation de plants ou de récoltes, n'autorise pas la réintégrande [12]. A plus forte raison, la dépossession opérée à l'aide de travaux qu'un tiers a faits sur son propre fonds, est-elle insuffisante pour y donner ouverture [13]. Du reste, celui qui a demandé, sur le fondement d'une possession annale, à être maintenu dans cette possession, ne peut prétendre, devant la Cour de cassation, que son action a été mal à propos rejetée en tant que complainte, sous le prétexte qu'elle constituait une réintégrande [14].

[9] Req. rej., 28 décembre 1826, Sir., 27, 1, 73.

[10] Cpr. Code pénal, art. 437, 444, 445, 449 et 456. Civ. cass., 17 novembre 1835, Sir., 36, 1, 15. Civ. cass., 19 août 1839, Sir., 39, 1, 641. Civ. cass., 5 avril 1841, Sir., 41, 1, 196. Civ. cass., 5 avril 1841, Sir., 41, 1, 295. Civ. cass., 5 août 1845, Sir., 46, 1, 48. Civ. cass., 22 novembre 1846, Sir., 47, 1, 286. Req. rej., 10 août 1848, Sir., 48, 1, 63. Req. rej., 25 mars 1857, Sir., 57, 1, 453.

[11] Cpr. Rej. rej., 18 février 1835, Sir., 35, 1, 886 ; Req. rej., 4 juin 1835, Sir., 35, 1, 413 ; Req. rej., 3 mai 1848, Sir., 48, 1, 714 ; Req. rej., 8 juillet 1861, Sir., 62, 1, 617.

[12] Req. rej., 12 mai 1857, Sir., 57, 1, 808.

[13] Req. rej., 13 novembre 1838, Sir., 39, 1, 605. Req. rej., 6 décembre 1854, Sir., 56, 1, 208.

[14] Req. rej., 9 février 1837, Sir., 37, 1, 609, Cpr. Civ. rej., 12 décembre 1853, Sir., 55, 1, 742.

A la différence de la complainte qui, fondée sur la saisine possessoire, présente un certain caractère de réalité et peut être dirigée contre un tiers détenteur, en tant qu'il s'agit du délaissement de l'immeuble litigieux, ou du rétablissement des choses dans leur ancien état, la réintégrande, dont le principe générateur se trouve dans une voie de fait contraire à la paix publique, est essentiellement personnelle, et ne peut être exercée contre un tiers détenteur qu'autant qu'il serait à considérer comme complice de cette voie de fait, pour avoir succédé de mauvaise foi au spoliateur [15].

Le défendeur à la réintégrande n'est point admis à la combattre en offrant de prouver qu'il a la possession annale de l'objet litigieux [16]. Il ne peut pas davantage la repousser par le motif que c'est à l'aide d'une voie de fait commise dans l'année, que le demandeur s'est procuré la détention actuelle de cet objet [17].

Le juge de paix saisi d'une action en réintégrande est compétent, non-seulement pour adjuger au demandeur les dommages-intérêts qui peuvent lui être dus, mais encore pour ordonner la restitution de l'objet litigieux et le rétablissement des choses dans leur ancien état.

En matière de réintégrande, les effets du jugement, qu'il ait admis ou rejeté la demande, ne sont que provisoires, même au point de vue de la possession, de telle sorte que la partie qui a succombé peut toujours, si elle se trouve d'ailleurs dans les conditions voulues, se pourvoir par la voie de la complainte, contre celle qui a obtenu gain de cause sur la réintégrande [18].

[15] Cpr. L. 7, D. *de vi et vi arm.* (43, 16) : § 184, texte et note 4 ; Bélime, nº 386.

[16] Civ. cass., 17 novembre 1835, Sir., 36, 1, 15. Civ. cass., 5 mars 1841, Sir., 41, 1, 295. Req. rej., 3 mai 1848, Sir., 48, 1, 714.

[17] Civ. cass., 5 août 1845, Sir., 46, 1, 48.

[18] Devilleneuve, *Observations*, Sir., 37, 1, 609. Pardessus, *Des servitudes*, II, nº 328, p. 277 et 278. Proudhon, *Du domaine privé*, II, 492. Req. rej., 28 décembre 1826, Sir., 27, 1, 73. Civ. cass., 5 avril 1841, Sir., 41, 1, 295.

LIVRE PREMIER.

DES DROITS SUR LES OBJETS EXTÉRIEURS CONSIDÉRÉS INDIVIDUELLEMENT.

PREMIÈRE DIVISION.

DES DROITS RÉELS (JUS RERUM).

SECTION PREMIÈRE.

DE LA PROPRIÉTÉ.

SOURCES. Code Napoléon, art. 544 à 577, 647 et 648, 671 et 672, 674 à 681, 2219 et suiv. Loi du 23 mars 1855, sur la transcription. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité du droit de domaine de propriété*, par Pothier. *Traité de la propriété*, par Comte; Paris 1834, 2 vol. in-8°. *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, par Laboulaye; Paris 1839, 1 vol. in-8°. *Traité du domaine de propriété*, par Proudhon; Dijon 1839, 3 vol. in-8°. Robernier, *De la preuve du droit de propriété en fait d'immeubles*; Paris 1844, 2 vol. in-8°.

§ 190.

Introduction.

La propriété, dans le sens propre de ce mot (*dominium*), exprime l'idée du pouvoir juridique le plus complet d'une personne sur une chose, et peut se définir, le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une manière absolue et exclusive, à la volonté et à l'action d'une personne[1].

Les facultés inhérentes à la propriété ne sont pas susceptibles d'une énumération détaillée. Elles se résument dans la proposition suivante : le propriétaire peut à volonté user et jouir de sa

[1] Telle est l'idée que les rédacteurs du Code paraissent avoir voulu exprimer dans l'art. 544. Mais en disant que « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue », cet article fait plutôt, par voie d'énumération des principaux attributs de la propriété, une description de ce droit, qu'il n'en donne une véritable définition.

chose, en disposer matériellement, faire à son occasion tous les actes juridiques dont elle est susceptible, enfin, exclure les tiers de toute participation à l'exercice de ces diverses facultés.

Quoique la propriété soit un droit absolu de sa nature, l'exercice en est cependant soumis à diverses restrictions établies dans l'intérêt public[2].

D'un autre côté, les facultés inhérentes à la propriété ne peuvent être exercées qu'à la condition de ne point porter atteinte à la propriété d'autrui. De là, certaines limites que, pour leur intérêt réciproque, les propriétaires voisins ne doivent pas dépasser dans l'exercice de ces facultés.

Enfin, la propriété peut se trouver modifiée par l'effet de servitudes légales ou conventionnelles. Mais, par cela même qu'elle constitue de sa nature un droit absolu et exclusif, elle est légalement présumée libre de toutes servitudes : *Quilibet fundus præsumitur liber a servitutibus.* D'où la conséquence, que celui qui réclame une servitude sur le fonds d'autrui, est tenu d'en établir l'existence, alors même que de fait il aurait la quasi-possession de cette servitude.

La propriété confère en général les mêmes avantages, qu'elle s'applique à des meubles ou à des immeubles. Toutefois, la propriété des meubles, qui de fait est moins certaine et moins stable que celle des immeubles, ne jouit pas non plus, d'après notre Droit, de la même protection et des mêmes garanties légales que cette dernière[3]. Ainsi, par exemple, le propriétaire de meubles corporels ne peut, sauf les cas de perte et de vol, les revendiquer contre des tiers détenteurs[4]. Ainsi encore la loi, sous le rapport de la capacité d'aliéner, s'est montrée moins exigeante pour l'aliénation des meubles que pour celle des immeubles.

Dans l'acception véritable du mot, la propriété ne se comprend que pour les choses corporelles.

Mais le terme *propriété* a été étendu à des choses incorporelles, pour désigner le droit exclusif d'en user et d'en disposer[5].

[2] C'est à ces restrictions que fait allusion la disposition finale de l'art. 544 : « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

[3] Cpr. *Traité de la propriété mobilière*, par Chavot; Paris 1839, 2 vol. in-8° *Examen de la propriété mobilière en France*, par Rivière; Paris 1854, 1 vol. in-8°.

[4] Art. 2279. Voy. au § 183 l'explication de cet article.

[5] Le terme *dominium* avait reçu en Droit romain des extensions analogues.

C'est ainsi que l'art. 711 du Code Napoléon dit que «la propriété «des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation «entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations»; et que l'art. 136 du Code de commerce parle de la propriété d'une lettre de change.

C'est ainsi encore qu'on qualifie de propriété littéraire, artistique, ou industrielle, le droit exclusif des auteurs, artistes, ou inventeurs, sur la valeur pécuniaire de leurs compositions, œuvres d'art, ou inventions, valeur qui se détermine par les profits commerciaux ou industriels qu'on peut retirer de la reproduction ou de la mise en application de ces créations ou découvertes[6].

Enfin, dans un sens analogue, on désigne sous le nom de *propriété des offices*, la valeur pécuniaire du droit de présentation que l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 assure aux titulaires de certains offices ministériels.

L'examen de la nature et de l'étendue des droits ou pouvoirs de l'État sur les biens compris dans son territoire, a conduit les publicistes à distinguer le domaine éminent et le domaine du Droit civil. Mais ce que l'on entend par domaine éminent ne constitue pas un véritable droit de propriété. Ce domaine, en effet, ne

C'est ainsi que la loi 3, D. *si usuf. pet.* (7, 6), parle du *dominium ususfructus*, et la loi 70, § 1, D. *de V. S.* (50, 16), du *dominium universum hereditatis.*

[6] Les œuvres de l'esprit, les créations de l'art, et les découvertes scientifiques ou industrielles cessent, par leur essence même, de former pour leur auteur un bien individuel, dès qu'il les a livrées à la publicité, en ce sens du moins qu'à partir de ce moment elles profitent à l'humanité tout entière, et que chacun peut se les assimiler et en jouir. Mais l'idée d'un droit privatif et d'une jouissance exclusive se comprend parfaitement, en tant qu'on l'applique à la valeur pécuniaire qui, dans les conditions économiques des sociétés modernes, s'attache à la faculté de reproduire ou de mettre en pratique ces œuvres, ces créations, ou ces découvertes. Seulement on peut se demander si le droit exclusif à cette valeur existe indépendamment et en dehors de toute loi positive, et si par suite il y a pour le législateur un devoir impérieux de le sanctionner, ou si, au contraire, il est simplement équitable et utile qu'il le fasse. Cette dernière solution est, à notre avis, la plus juridique, puisqu'il s'agit d'un droit tout particulier, qui ne saurait se comprendre que dans un état social donné, et qui de sa nature même se trouve, pour son établissement et sa conservation, soumis à la réglementation de la loi. C'est en partant de ces idées que les diverses législations qui ont reconnu ce droit privatif, en ont limité la durée à un certain terme. De là aussi la nécessité de conventions internationales pour la garantie réciproque de la propriété littéraire, artistique et industrielle. Voy. *Code international de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, par Pataille et Huguet; Paris 1855, 1 vol. in-8°.

donne pas au souverain le droit de disposer des choses qui appartiennent à des particuliers ou à des personnes morales ; il l'autorise seulement à soumettre l'exercice du droit de propriété aux restrictions commandées par l'intérêt général, à exiger du propriétaire le paiement de l'impôt, et à lui demander, pour cause d'utilité publique, le sacrifice de sa propriété, moyennant une juste et préalable indemnité[7]. Art. 545. Cependant quelques jurisconsultes sont allés jusqu'à attribuer à l'État un droit de propriété primordial sur tous les biens compris dans son territoire; et c'est même sur le fondement de cette théorie, que la Cour impériale de Paris avait reconnu à l'État un privilége ou un droit de prélèvement sur tous les biens dépendants d'une succession, pour le recouvrement des droits de mutation par décès. Mais cette doctrine a été justement condamnée par la Cour de cassation, comme conduisant à la négation même du droit de propriété, et comme étant également contraire aux principes fondamentaux de notre Droit public et de notre Droit civil[8].

Nous n'aurons à nous occuper spécialement, ni de la propriété littéraire et artistique[9], ni de la propriété industrielle[10], ni de celle

[7] « Au citoyen, a dit Portalis, appartient la propriété, au souverain l'empire.» *Exposé de motifs* (Locré, *Lég.*, VIII, p. 152 et suiv., nos 6 à 8). Cpr. Hello, *De l'inviolabilité du droit de propriété*, *Revue de législation*, 1845, II, p. 5.

[8] Civ. cass., 23 juin 1857, Sir., 57, 1, 401. Cet arrêt a été rendu au rapport de M. le conseiller Laborie, dont le remarquable travail est un traité *ex professo* sur la matière.

[9] Voy. sur la propriété littéraire et artistique : Loi des 13-19 janvier 1791 ; Loi des 19 juillet-6 août 1791 ; Arrêté du 1er germinal an XIII ; Décret du 8 juin 1806 ; Décret du 5 février 1810, art. 39 et 40 ; Avis du Conseil d'État du 23 août 1811 ; Code pénal, art. 425 à 430 ; Loi du 3 août 1844 ; Loi du 8 avril 1854 ; *Essai sur la propriété littéraire*, par Florentin Ducos, Paris 1825, in-8o ; *Collection des procès-verbaux de la commission de la propriété littéraire*, Paris 1826, in-4o ; *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, la science et les beaux-arts*, par Renouard, Paris 1838, 2 vol. in-8o ; *Traité de la contrefaçon en tous genres*, par Blanc, Paris 1855, 1 vol. in-8o ; *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, par Paul Laboulaye, Paris 1858, 1 vol. in-8o ; *La propriété littéraire au dix-huitième siècle*, par Laboulaye et Guiffrey, Paris 1860, 1 vol. in-8o ; *Du projet de loi sur la propriété littéraire*, par Cosati, *Revue pratique*, 1862, XIII, p. 112 ; *Sur la perpétuité de la propriété littéraire*, par Hérold, *Revue pratique*, 1862, XIII, p. 394 ; *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, par Gastambide, Toulouse 1862, broch. in-8o ; *Rapport présenté à l'Académie de législation de Toulouse sur le précédent ouvrage*, par Bressolles, Toulouse 1862, broch. in-8o.

[10] Sous le titre général de *propriété industrielle*, nous comprenons celle des

des offices[11], ces matières étant réglées par des lois particulières. Nous nous bornerons à exposer dans les paragraphes suivants les principes relatifs à la propriété des choses corporelles.

CHAPITRE I.

Des facultés inhérentes à la propriété, et de son étendue quant aux objets sur lesquels elle porte.

§ 191.

I. *Des facultés inhérentes à la propriété.*

1° Le propriétaire est autorisé à faire servir la chose qui lui appartient à tous les usages compatibles avec sa nature.

Il est également autorisé à recueillir tous les fruits, revenus, ou émoluments qu'elle est susceptible de produire ou de procurer[1]. C'est à cet attribut de la propriété que se rattache le droit de chasser ou de pêcher sur les terrains ou dans les eaux dont on est propriétaire[2]. C'est aussi en vertu de cet attribut que le propriétaire est autorisé à exploiter les carrières, tourbières et minières qui se trouvent dans son fonds[3], et à y rechercher, pour les

inventions et découvertes, et celle des marques de fabrique. — Voy. sur la propriété des inventions et découvertes : Loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention (l'art. 52 de cette loi abroge toutes les dispositions antérieures relatives aux brevets d'invention, d'importation et de perfectionnement) ; Loi du 31 mai 1856, qui modifie l'art. 32 de la loi précédente ; *Traité des brevets d'invention, de perfectionnement et d'importation*, par Renouard, 2e édit., Paris 1844, 1 vol. in-8° ; *Code des inventions et des perfectionnements*, par Blanc, 3e édit., Paris 1845, 1 vol. in-8° ; *Traité pratique du droit industriel*, par Rendu, Paris 1855, 1 vol. in-8° ; *Des brevets d'invention et de la contrefaçon*, par Nouguier, Paris 1856, 1 vol. in-8° — Voy. sur la propriété des marques de fabrique et de commerce : Arrêté du 23 nivôse an IX ; Loi du 22 germinal an XI, art. 16 à 18 ; Décret du 5 septembre 1810 ; Loi du 28 juillet 1824 ; Loi du 23 juin 1857 ; Décret du 26 juillet 1858.

[11] Voy. sur la propriété des offices : Loi des finances du 28 avril 1816, art. 91; § 165, texte et note 26 ; *Traité des offices*, par Dard, 1 vol. in-8° ; *Propriété et transmission des offices ministériels*, par Bataillard, Paris 1841, 1 vol. in-8°.

[1] Voy. pour le développement de cette proposition, le § 192.

[2] Les règles sur la chasse et la pêche, considérées comme moyen d'acquérir, seront exposées au § 201.

[3] L'exploitation des carrières n'est pas soumise à l'autorisation préalable de l'administration. Loi du 21 avril 1810 sur les mines, art. 81 et 82. Il en est au-

utiliser, les sources d'eaux, soit ordinaires, soit minérales, qu'il renferme[4].

Enfin le propriétaire est libre de dénaturer sa chose, ou même de la dégrader ou de la détruire[5]. Ainsi, il peut changer la culture des immeubles, convertir les terres arables en prés ou en vignes, et réciproquement[6], défricher les forêts[7], et faire au-dessus ou au-dessous du sol toute espèce de constructions[8], en les portant jusqu'à la limite de son fonds[9]. Art. 552, al. 3. Il peut, en particulier, établir un étang, en utilisant à cet effet les sources qui prennent naissance sur son fonds, les eaux pluviales qui y tombent, et celles qui y arrivent d'un fonds supérieur ou d'une voie publique[10].

L'exercice de ces différentes facultés, qui reste sans doute subordonné à la condition de ne pas porter atteinte à la propriété d'autrui, ne peut être interdit par cela seul qu'il aurait pour résultat de priver un tiers de quelque avantage ou agrément, et ne donne, même en ce cas, ouverture, au profit de ce tiers, à aucune action en dommages-intérêts[11].

Il y a mieux : le propriétaire riverain d'un cours d'eau ou d'un torrent est autorisé, pour garantir son fonds contre l'invasion ou la corrosion des eaux, à y faire les travaux de défense nécessaires, à la seule condition de ne pas empiéter sur le lit du cours d'eau

trement de l'exploitation des minières et des tourbières. Loi précitée, art. 57 et 84. Quant aux mines : voy. § 192, texte n° 1 et note 2; § 193, texte et note 12.

[4] Code Nap., art. 640. Cpr. Req. rej., 4 décembre 1860, Sir., 61, 1, 623. Voy. cependant loi du 14 juillet 1856, sur la conservation et l'aménagement des sources d'eaux minérales ; § 193, texte et note 14.

[5] Voy. cependant Code pénal, art. 434.

[6] Loi des 28 septembre - 6 octobre 1791, tit. I, sect. I, art. 2.

[7] Voy. cependant sur les restrictions auxquelles se trouve soumis l'exercice de cette faculté : Loi du 18 juin 1859; § 193, texte et note 10.

[8] Sauf cependant l'observation des règlements de voirie, sauf aussi les modifications résultant entre autres des lois sur les mines et sur les sources d'eaux minérales. Cpr. notes 3 et 4 *supra*, § 193, texte et notes 1, 2, 9, 12 à 14.

[9] Il en serait ainsi dans le cas même où ce fonds se trouverait limité par un mur appartenant exclusivement au voisin, pourvu que les constructions à élever ne s'appuient pas sur ce mur et n'y pénètrent pas. Civ. rej., 20 juin 1859, Sir., 59, 1, 707. Cpr. aussi Req. rej., 1er février 1860, Sir., 60, 1, 973.

[10] Duranton, IV, 408 et suiv. Proudhon, *Du domaine public*, V, 1574 et 1575. Pardessus, *Des servitudes*, I, 80 et 81. Daviel, *Des cours d'eaux*, III, 807 et 810. Garnier, *Régime des eaux*, n° 103. Demolombe, X, 27. Cpr. cependant § 193, texte et note 7.

[11] Voy. au § 194, texte *in fine* et notes 16 à 19, le développement de cette proposition.

ou du torrent, et de se conformer aux lois et règlements sur la matière [12], de telle sorte qu'il jouit de cette faculté, bien que son exercice puisse entraîner des inconvénients pour les propriétaires de fonds situés sur la même rive ou sur la rive opposée, sauf à eux à se défendre de leur côté [13].

2° Le propriétaire a la faculté de faire, à l'occasion de sa chose, tous les actes juridiques dont elle est légalement susceptible. Ainsi, il peut la donner à bail, l'aliéner à titre onéreux ou gratuit, et, lorsqu'il s'agit d'immeubles, les grever de servitudes ou d'hypothèques. Il peut même abdiquer sa propriété, c'est-à-dire l'abandonner purement et simplement, sans la transmettre à une autre personne.

La faculté d'aliéner est d'ordre public. Le propriétaire ne peut, en principe, y renoncer par convention [14]; et la défense d'aliéner imposée par le donateur ou testateur au donataire ou légataire, n'est point en général efficace [15].

Toutefois, les futurs époux peuvent, par contrat de mariage, rendre inaliénables les immeubles de la femme ou certains de ces immeubles, en les soumettant expressément ou implicitement aux règles de la dotalité [16].

3° Le propriétaire a la faculté d'exclure les tiers de toute participation à l'usage, à la jouissance, ou à la disposition de sa chose, et de prendre, à cet effet, toutes les mesures qu'il juge convenables. Il peut notamment entourer ses héritages de murs, de fossés, ou d'autres clôtures, à charge bien entendu de respecter les servitudes dont ils seraient grevés. Art. 647. L'existence d'une servitude légale ou conventionnelle de passage ne forme même pas, d'une manière absolue, obstacle à la clôture du fonds servant, que

[12] Cpr. Ord. de 1669, tit. 27, art. 42; Arrêts du Conseil des 24 juin 1777 et 23 juillet 1783; Loi du 28 mai 1858, art. 6 et 7; Décret du 15 août 1858; Décret en Conseil d'État du 13 décembre 1860, Sir., 61, 2, 235.

[13] *Ripam suam adversus rapidi amnis impetum munire prohibitum non est.* L. 1, C. *de alluv.* (7, 41). Duranton, V, 162. Pardessus, *Des servitudes*, I, 92. Garnier, *Des rivières*, III, 677. Daviel, *Des cours d'eau*, I, 384. Taulier, II, p. 361. Demolombe, XI, 30. Aix, 19 mai 1813, Sir., 14, 2, 9. Req. rej., 11 juillet 1860, Sir., 61, 1, 510.

[14] Arg. art. 544, 1594 et 1598. Civ. cass., 6 juin 1853, Sir., 53, 1, 609. Cpr. § 359, texte et note 6.

[15] Cpr. § 692, texte *in fine*, notes 22 à 24.

[16] Cpr. § 504, texte n° 2, notes 6 et 7.

le propriétaire reste toujours le maître de clore, à la condition de ne pas gêner l'exercice du passage [17].

Le propriétaire peut user de la faculté de se clore pour soustraire ses fonds à la vaine pâture communale, c'est-à-dire à la vaine pâture exercée, par l'universalité des habitants, sur tout le territoire d'une commune [18], et ce, non-seulement lorsqu'elle ne subsiste qu'en vertu soit d'une ancienne loi ou coutume, soit d'un usage local et immémorial, mais même dans le cas où elle serait fondée en titre [19].

Il jouit de la même faculté en ce qui concerne le parcours de commune à commune, lorsque, fondé sur un titre ou sur une possession autorisée par les anciennes lois ou coutumes, l'exercice en est encore aujourd'hui légalement permis [20].

[17] Pardessus, *Des servitudes*, I, 234. Demante, *Cours*, II, 501 *bis* I. Demolombe, XI, 283 et XII, 638. Bordeaux, 4 mai 1832, Sir., 33, 2, 283. Rouen, 16 août 1856, Sir., 57, 2, 67. Cpr. Req. rej., 31 décembre 1839, Sir., 41, 1, 528; Req. rej., 28 juin 1853, Sir., 54, 1, 57. Voy. cependant Duranton, V, 434.

[18] La vaine pâture dont il est ici question, est le droit réciproque que les habitants d'une même commune ont d'envoyer leurs bestiaux paître sur les fonds les uns des autres, aux époques déterminées par l'usage, et où les terres, sans semences et sans fruits, ne sont pas en défense. Dans les provinces de Droit écrit et dans quelques pays coutumiers, la vaine pâture n'avait jamais été considérée que comme le résultat d'une simple tolérance, et ne faisait point obstacle à la clôture des fonds. D'autres coutumes, au contraire, l'avaient érigée en une servitude légale, qui entraînait pour les propriétaires interdiction de se clore. Cette interdiction a été levée par les art. 4 et 5, sect. IV, tit. I, de la loi des 28 septembre - 6 octobre 1791.

[19] C'est ce qui résulte, de la manière la plus formelle, de l'ensemble des art. 2, 3, 4 et 5, sect. IV, tit. I, de la loi des 28 septembre - 6 octobre 1791, et surtout de la disposition de ce dernier article, qui porte : « Le droit de parcours et le « droit simple de vaine pâture ne pourront *en aucun cas* empêcher les propriétaires de clore leurs héritages. » En effet, les termes *en aucun cas*, dont le sens se détermine par les dispositions des articles qui précèdent, expriment évidemment cette idée, que la vaine pâture communale ne peut faire obstacle à la faculté de se clore, de quelque manière que ce droit se trouve établi. Et cette signification ressort avec non moins de certitude du rapprochement de l'art. 5 et des art. 7 et 11, dont nous nous occuperons ci-après. Les arrêts de la Cour de cassation qu'on invoque d'ordinaire en sens contraire de l'opinion que nous avons adoptée, ne se rapportent pas à la vaine pâture communale, mais aux droits dont il est question dans ces deux derniers articles. Voy. en ce sens : Pardessus, *Des servitudes*, I, 132 et 134 ; Curasson, sur Proudhon, *Des droits d'usage*, I, 350 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 279 ; Taulier, II, p. 375 et 376 ; Gavini, *Des servitudes*, I, 172 et suiv. ; Demolombe, XI, 288. Voy. en sens contraire : Toullier, III, 161 ; Proudhon, *op. cit.*, I, 338 et 339.

[20] Loi des 28 septembre - 6 octobre 1791, tit. I, sect. IV, art. 2, 4 et 5. Le droit

Quand il s'agit soit d'un droit de vaine pâture, réciproque ou non réciproque, entre particuliers, soit d'un droit de pacage exercé par l'universalité des habitants, dans une localité où les prairies deviennent communes après la récolte des premières herbes ou à toute autre époque, les propriétaires des terres ou prairies soumises à ces droits peuvent également s'en affranchir par la clôture, mais dans le cas seulement où ils ne seraient pas fondés en titre[21]. Au cas contraire, ils sont obligés d'en respecter l'exercice[22].

Au surplus, les dispositions de la loi des 28 septembre-6 octobre 1791 qui viennent d'être analysées, ne peuvent être étendues à des droits de pâturage qui n'auraient plus le caractère de la vaine pâture, et qui ne rentreraient pas dans la catégorie de ceux qu'elle a assimilés à la vaine pâture, comme n'étant fondés que sur la tolérance ou sur des usages locaux. Les propriétaires de prairies soumises à de pareils droits de pâturage ne sont point autorisés à s'en affranchir par la clôture, alors même qu'ils n'auraient été acquis que par prescription. Il en est ainsi notamment du droit de pacage des secondes herbes sur des prairies closes, où

de vaine pâture, exercé d'une manière réciproque de commune à commune, se nomme *parcours*, *entrecours*, ou *marchage*. A la différence de la vaine pâture communale, qui a été conservée pour le cas même où elle n'était fondée que sur la coutume ou sur un usage immémorial, le parcours n'a été maintenu qu'autant qu'il se trouvait fondé sur un titre, ou sur une possession autorisée par la loi ou la coutume, de telle sorte qu'en dehors de ces hypothèses, les propriétaires peuvent s'opposer à son exercice sans avoir besoin de clore leurs héritages.

[21] Loi des 28 septembre - 6 octobre 1791, tit. I, sect. IV, art. 7 et 8. La proposition énoncée au texte paraît généralement admise par la doctrine et par la jurisprudence. Proudhon et Curasson, *Des droits d'usage*, I, 341, 345, 350, 366 et suiv. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.* Taulier, *loc. cit.* Demolombe, XI, 290 et 293. Rennes, 27 mai 1812, Sir., 15, 2, 102. Req. rej., 8 mai 1828, Sir., 28, 1, 228. Req. rej., 1er juillet 1840, Sir., 40, 1, 877. Civ. cass., 27 avril 1846, Sir., 46, 1, 488. — La seule difficulté à laquelle ait donné lieu l'art. 11 précité, est de savoir si l'existence d'un titre ne forme obstacle à la clôture qu'autant qu'il qualifie de propriété ou de copropriété le droit litigieux, ou si, au contraire, elle l'empêche également, quoique le titre ne qualifie ce droit que de servitude. Merlin s'était prononcé dans le premier sens, en s'attachant rigoureusement aux termes *sans titre de propriété*. Mais son opinion a été rejetée avec raison par la Cour de cassation. Voy. les arrêts cités à la note suivante ; Merlin, *Quest.*, v° Vaine pâture, § 1, et *Rép.*, *eod. v°*, § 1, art. 2, n° 2.

[22] Civ. rej., 14 fructidor an XI, et Civ. cass., 18 décembre 1808, Sir., 9, 1, 78 et 79. En vain voudrait-on, en se fondant sur l'art. 647 du Code Napoléon, soutenir que les propriétaires peuvent s'affranchir par la clôture, même des droits

les bestiaux sont introduits au moyen d'ouvertures annuellement pratiquées à la clôture [23].

Le propriétaire qui use de la faculté de se clore, perd son droit au parcours et à la vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait. Art. 648. Cpr. Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. I, sect. IV, art. 13 et 16.

Les facultés inhérentes à la propriété sont de leur nature imprescriptibles, en ce sens que le non-usage ne suffit pas pour en entraîner l'extinction, et qu'elles ne peuvent se perdre qu'indirectement par l'acquisition d'un droit contraire.

§ 192.

II. *De l'étendue de la propriété quant aux objets sur lesquels elle porte* [1].

1° La propriété du sol emporte de sa nature la propriété du dessus et du dessous. Art. 552, al. 1.

mentionnés aux art. 7 et 11 de la loi de 1791. L'argument *a contrario*, tiré de l'art. 647, ne serait pas concluant, puisqu'il est certain que l'exception apportée par cet article à la faculté de se clore, n'est pas la seule. Pardessus, *op. cit.*, I, 134. Proudhon, *De l'usufruit*, VIII, 3664 et 3665. Demante, *Cours*, II, 501*bis*, I. Demolombe, XI, 283 et 293.

[23] Merlin, *Quest.*, v° Vaine pâture, § 2. Req. rej., 7 mars 1826, Sir., 26, 1, 324. Civ. cass., 29 décembre 1840, Sir., 41, 1, 74. Req. rej., 23 mai 1855, Sir., 57, 1, 123. Req. rej., 27 avril 1859, Sir., 61, 1, 171. Cpr. encore Demolombe, XI, 289; Req. rej., 7 mai 1838, Sir., 38, 1, 789.

[1] Les matières qui forment l'objet de ce paragraphe sont envisagées au Code Napoléon comme rentrant dans le *droit d'accession*, expression sous laquelle les rédacteurs de ce Code comprennent également les cas où une personne *est* propriétaire d'une chose à titre d'accession, et ceux où elle *devient* propriétaire d'une chose par l'effet de l'accession. Cpr. art. 546 et suiv. Mais il y a là un mélange de principes qui tiennent à des ordres d'idées complétement différents, et qu'il importe en bonne théorie de distinguer soigneusement. Autres, en effet, sont les accessoires auxquels s'étend virtuellement la propriété, autres les accessions qui viennent l'augmenter par l'effet d'une acquisition nouvelle. M. Demolombe (IX, 572 et 573) a cependant essayé de justifier l'ordre suivi par les rédacteurs du Code, en disant que, dans les cas mêmes où une chose s'unit et s'incorpore à une chose appartenant à une autre personne, on doit bien moins voir dans ce fait une acquisition nouvelle, qu'une simple extension de la chose dans laquelle vient s'absorber celle qui s'y unit et s'y incorpore. Mais cette manière de voir, qui se comprendrait à la rigueur au cas de spécification, n'est plus admissible lorsqu'une chose, malgré son union avec une autre, n'en a pas moins conservé une existence distincte, qui la rendrait en fait susceptible d'en

Le propriétaire d'un terrain est propriétaire de l'espace aérien au-dessus du sol, en ce sens qu'il peut seul en user pour y établir des constructions, et qu'il est autorisé à demander la démolition des ouvrages qui, à une hauteur quelconque, empiètent sur cet espace, ainsi que l'élagage des branches qui s'y avancent. Art. 552, al. 2, et 672, al. 1.

D'un autre côté, la propriété du sol s'étend, à une profondeur indéfinie, au terrain existant sous le sol, et à tous les objets qui se trouvent dans ce terrain. Art. 552, al. 3. Le propriétaire d'un fonds est donc comme tel propriétaire des mines qu'il renferme [2]. Il l'est aussi virtuellement du trésor qui s'y trouve enfoui [3]. La propriété du dessous, plus énergique sous ce rapport que celle du dessus, donne au propriétaire du sol le droit de couper lui-même les racines des arbres du voisin qui s'avancent dans son terrain. Art. 672, al. 3.

Toutes les constructions, plantations et ouvrages existant à la surface ou dans l'intérieur d'un terrain sont présumés faits par le propriétaire de ce terrain et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé. Art. 553. Cette preuve peut se faire par témoins ou à l'aide de simples présomptions, sans commencement de preuve par écrit, à quelque somme que s'élève la valeur des travaux [4].

2° La propriété d'une chose comprend virtuellement celle des accessoires qui s'y trouvent unis naturellement ou artificiellement, et qui en forment des dépendances nécessaires, en d'autres termes, le

être détachée, ou de former l'objet d'une propriété séparée, comme cela a lieu, par exemple, pour les îles et ilots qui se forment dans un fleuve ou dans une rivière, ainsi que pour les constructions élevées sur le sol d'autrui.

[2] Sous la modification, toutefois, qui peut résulter de la concession de la mine en faveur d'un tiers. Cpr. § 193, texte et note 12.

[3] La découverte d'un trésor est sans doute la condition de fait qui seule en rend l'existence certaine, et donne au propriétaire du fonds où il a été trouvé la possibilité d'en profiter; mais elle ne constitue pas pour lui le titre d'acquisition du trésor, qui dès avant sa découverte lui appartenait virtuellement. La preuve en est que, lorsque le trésor n'a pas été découvert par le pur effet du hasard, il appartient intégralement, *jure soli*, à celui dans le fonds duquel il a été trouvé, soit par ce dernier, soit même par un tiers. Que si la loi attribue à l'inventeur étranger la moitié du trésor trouvé par le pur effet du hasard, ce n'est là qu'une espèce de transaction législative fondée sur l'équité. Art. 716. Cpr. § 201, texte n° 3, lett. *a*; § 507, texte et note 25.

[4] Il s'agit en pareil cas de la preuve, non d'un fait juridique, mais d'un fait pur et simple, auquel ne s'applique pas la disposition de l'art. 1341. Cpr. § 762, texte n° 1. Demolombe, IX, 697 *bis*. Civ. cass., 27 juillet 1859, Sir., 60, 1, 360. Civ. rej., 23 mai 1860, Sir., 60, 1, 792.

propriétaire de la chose est légalement présumé propriétaire des accessoires de cette nature. Art. 546.

C'est ainsi que le propriétaire d'un étang est légalement présumé propriétaire de tout le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang ; et cette présomption ne peut même être combattue par la preuve d'une possession trentenaire [5]. Art. 558.

C'est ainsi encore que le propriétaire d'une usine est légalement réputé propriétaire du biez qui y amène l'eau, et du canal de fuite par lequel elle s'écoule, lorsque ce biez et ce canal ont été creusés de main d'homme, et pour le service de l'usine [6]. Mais cette pré-

[5] Une telle possession devrait être réputée précaire, tant que l'étang est maintenu comme tel, et ne pourrait, ni autoriser une action possessoire, ni servir de fondement à la prescription. Toullier, III, 13. Duranton, IV, 406. Daviel, *Des cours d'eau*, II, 814. Garnier, *Actions possessoires*, p. 349; et *Régime des eaux*, II, p. 117. Demolombe, X, 31. Civ. rej., 23 avril 1811, Sir., 11, 1, 312. Civ. rej., 11 mai 1835, Sir., 36, 1, 55. Req. rej., 18 janvier 1851, Sir., 52, 1, 315.

[6] Cette présomption était généralement admise dans notre ancien Droit ; et, quoique le Code Napoléon ne la rappelle pas spécialement, nous pensons qu'elle a été virtuellement consacrée par l'art. 546, qui pose le principe général du droit d'accession. En effet, le canal creusé de main d'homme pour l'alimentation d'une usine se trouve matériellement uni et en quelque sorte incorporé à l'usine par les travaux qui l'y rattachent, et en constitue ainsi une partie intégrante. Cela est évident surtout, lorsque, comme d'ordinaire, le canal, qui forme dans toute sa longueur un tout indivisible, traverse l'usine elle-même. De prime abord, et d'après l'état matériel des choses, le propriétaire de l'usine doit donc être réputé propriétaire du canal qui l'alimente. Il peut sans doute arriver que l'usinier n'ait acquis qu'un droit d'aqueduc ; mais, comme cette supposition est contraire au principe incontestable que le propriétaire d'une chose l'est également de tout ce qui en fait partie intégrante, elle ne doit être admise qu'autant qu'elle se trouve dûment justifiée. En vain dirait-on, pour écarter l'application de l'art. 546, que cet article ne s'occupe que de l'accession considérée comme moyen d'acquérir, puisque les rédacteurs du Code, ainsi que nous l'avons établi à la note 1 *supra*, comprennent tout à la fois, sous le titre d'accession, et le droit aux accessoires, et le droit aux accessions proprement dites. En vain également se prévaudrait-on de la disposition de l'art. 553, aux termes duquel tous les ouvrages faits sur un terrain sont réputés appartenir au propriétaire de ce terrain, pour en conclure que le canal dont les deux rives appartiendraient aux mêmes propriétaires, devrait, dans ce cas du moins, être considéré comme leur appartenant. Cette argumentation ne reposerait, en effet, que sur une pétition de principe, puisqu'il s'agit précisément de savoir si le lit du canal appartient à l'usinier ou au riverain, et que la circonstance que la même personne se trouve être propriétaire des deux rives, ne prouve pas que cette personne ait été, ni surtout qu'elle soit restée propriétaire de ce lit. Favard, *Rép.*, v° Servitude, sect. II, § 1, n° 10. Garnier, *Régime des eaux*, II, 242. Dubreuil, *Législation sur les*

somption ne doit pas être admise pour les cours d'eau naturels, alors même que le lit en aurait été déplacé ou rectifié dans l'intérêt d'usines au roulement desquelles ils servent [7].

La présomption légale en vertu de laquelle le propriétaire d'une usine est réputé propriétaire du canal artificiel qui l'alimente, peut être combattue soit au moyen d'un titre qui en attribuerait la propriété à un tiers, soit par des actes qui établiraient que le propriétaire de l'usine n'a acquis qu'un simple droit d'aqueduc, et non la propriété du lit du canal [8].

La propriété du biez ou canal alimentaire d'une usine emporte, au profit du propriétaire de l'usine, la présomption de propriété des francs bords du canal, c'est-à-dire de bandes latérales de terrain suffisantes pour en permettre la surveillance, l'entretien et le curage [9]. Mais, à la différence des présomptions dont il a été précédemment question, celle dont il s'agit ici n'est plus une présomption légale [10]; on ne doit y voir qu'une pure présomption de fait, qui peut être combattue, non-seulement à l'aide d'un titre ou d'une possession suffisante pour faire acquérir la prescription [11],

eaux, I, 164. Proudhon, *Du domaine public*, III, 1082. Colmar, 12 juillet 1812, Sir., 14, 2, 6. Civ. rej., 28 novembre 1813, Sir., 16, 1, 374. Bordeaux, 24 juillet 1826, Sir., 27, 2, 8. Toulouse, 1er juin 1827, Sir., 27, 2, 205. Civ. rej., 14 août 1827, Sir., 28, 1, 118. Bordeaux, 23 janvier 1828, Sir., 28, 2, 104. Toulouse, 30 janvier 1833, Sir., 33, 2, 579. Civ. cass., 13 août 1850, Sir., 50, 1, 821. Req. rej., 5 mai 1857, Sir., 57, 1, 335. Civ. cass., 10 juillet 1861, Sir., 61, 1, 861. Cpr. cependant Pardessus, *Des servitudes*, I, 111; Duranton, V, 240; Demolombe, XI, 129 et suiv. D'après le premier de ces auteurs, le propriétaire de l'usine devrait bien être réputé propriétaire du canal; mais ce ne serait là qu'une simple présomption de fait. Les deux derniers vont plus loin encore, et n'admettent en faveur de l'usinier qu'une présomption de servitude d'aqueduc.

[7] Req. rej., 13 février 1854, Sir., 56, 1, 224. Orléans, 13 décembre 1855, Sir., 56, 1, 340. Cpr. aussi Civ. rej., 25 avril 1854, Sir., 54, 1, 458.

[8] Req. rej., 21 novembre 1830, Sir., 31, 1, 14. Req. rej., 25 novembre 1839, Sir., 39, 1, 918.

[9] Pardessus, *op. cit.*, I, 112. Proudhon, *op. cit.*, III, 1083 et 1084. Colmar, 12 juillet 1812, Sir., 14, 2, 6. Req. rej., 4 décembre 1838, Sir., 39, 1, 253. Req. rej., 23 novembre 1840, Sir., 41, 1, 158. Req. rej., 22 février 1843, Sir., 43, 1, 418.

[10] La raison en est que les francs bords, quelque utilité qu'ils puissent offrir au propriétaire du canal, n'en forment cependant pas un accessoire absolument nécessaire et inséparable, comme le canal lui-même l'est pour l'usine. Req. rej., 13 janvier 1835, Sir., 35, 1, 278.

[11] Req. rej., 6 mars 1844, Sir., 44, 1, 289. Civ. rej., 28 avril 1846, Sir., 46,

mais encore au moyen de la possession annale ou de simples présomptions [12]. Toutefois, dans le cas même où il serait reconnu que la propriété des riverains s'étend jusqu'aux berges du canal, on devrait, ce semble, admettre en faveur du propriétaire de l'usine le droit de circuler sur les bords du canal, pour en surveiller l'entretien, et en opérer le curage [13].

Une présomption de fait pareille à celle que nous avons admise pour les francs bords d'un canal artificiel, s'applique aussi aux francs bords ou répares de fossés, dans les pays où il est d'un usage constant de laisser un certain espace de terrain entre la crête des fossés et les fonds voisins [14].

Si la propriété du sol emporte de sa nature la propriété du dessus, on ne peut, en renversant la proposition, conclure de la propriété d'ouvrages établis dans l'espace aérien qui se trouve au-dessus d'un terrain, à la propriété de ce terrain. C'est ainsi que le propriétaire d'un bâtiment dont la toiture dépasse le parement du mur, n'est pas légalement présumé propriétaire du terrain compris entre le mur et la ligne d'aplomb du stillicide. On ne doit admettre en sa faveur qu'une pure présomption de fait, susceptible d'être combattue par d'autres présomptions de même nature, et à plus forte raison par une possession annale ou trentenaire [15].

1, 381. Req. rej., 21 mars 1855, Sir., 56, 1, 304. Voy. en sens contraire : Paris, 12 février 1830, Sir., 30, 2, 138 ; Bordeaux, 11 janvier 1833, Sir., 33, 2, 279 ; Paris, 24 juin 1834, Sir., 35, 2, 234.

[12] Bordeaux, 23 mars 1849, Sir., 49, 2, 354. Civ. rej., 16 août 1858, Sir., 58, 1, 764.

[13] Cette solution n'est point, comme on pourrait le croire au premier abord, contraire à la maxime *Quilibet fundus præsumitur liber a servitutibus.* En effet, le passage étant indispensable pour l'entretien et le curage du canal, les riverains ne peuvent avoir eu l'intention d'en acquérir les berges qu'à la charge de ce passage, que, d'un autre côté, le propriétaire du canal est censé s'être réservé. Cpr. Bordeaux, 23 janvier 1828, Sir., 28, 2, 104 ; Req. rej., 15 décembre 1835, Sir., 36, 1, 312 ; Req. rej., 6 mars 1844, Sir., 44, 1, 289 ; Aix, 7 mai 1858, Sir., 58, 1, 764.

[14] Cpr. Demolombe, XI, 464 à 466 ; Caen, 14 juillet 1825, Sir., 26, 2, 29 ; Req. rej., 22 février 1827, Sir., 27, 1, 136 ; Dijon, 22 juillet 1836, Sir., 36, 2, 387 ; Civ. rej., 11 avril 1848, Sir., 48, 1, 395 ; Civ. rej., 3 juillet 1849, Sir., 49 1, 624.

[15] Arg. art. 681. On doit, en effet, présumer que le propriétaire d'un bâtiment l'a établi de manière à se conformer aux dispositions de cet article. Demolombe, XII, 592 à 593. Limoges, 26 décembre 1834, Dalloz, 1841, 2, 10. Req. rej., 28 juillet 1851, Sir., 51, 1, 600. Voy. cependant Pardessus, *Des servitudes,*

La propriété du dessous d'un fonds, par exemple d'une cave ou d'une carrière souterraine, n'emporte pas davantage, en faveur du propriétaire de cette cave ou de cette carrière, une présomption légale de la propriété du sol [16].

Les dispositions des art. 546, 552 et 553 sont sans application aux contestations relatives à la propriété d'un chemin traversant un domaine, en ce sens que le propriétaire du domaine ne peut, en vertu de ces articles, être légalement réputé propriétaire du chemin. Ici encore on ne doit admettre qu'une pure présomption de fait, qui peut être balancée par d'autres présomptions, ou écartée par la possession annale [17].

Que s'il s'agissait d'un chemin circonscrit dans l'intérieur d'un domaine, il est évident qu'il devrait être considéré comme en faisant partie intégrante.

3° La propriété d'une chose comprend virtuellement celle des objets qu'elle est susceptible de produire, soit spontanément, soit à l'aide du travail de l'homme, ainsi que celle des émoluments pécuniaires qu'on peut en retirer. Art. 546.

Tous ces produits appartiennent au propriétaire à titre d'accession, sauf le cas où un tiers aurait droit à la jouissance de la chose, et sauf aussi l'exception relative au possesseur de bonne foi, qui sera développée au § 206. Art. 547.

Pour le règlement des rapports du propriétaire d'une chose, avec les tiers qui pourraient avoir des droits à sa jouissance, ou avec un possesseur de bonne foi, il convient de distinguer entre les produits et émoluments en général, et ceux qui revêtent plus particulièrement le caractère de fruits.

On entend par fruits les objets qu'une chose produit et reproduit annuellement, ou à des intervalles périodiques plus éloignés, sans altération ou diminution de sa substance [18], ainsi que les revenus périodiques qu'on peut retirer de la cession de sa jouissance. Les

I, 214; Taulier, II, p. 421; Daviel, *Des cours d'eau*, III, 943; Bordeaux, 20 novembre et 14 décembre 1833, Sir., 34, 2, 429; Amiens, 20 février 1840, Sir., 51, 1, 601, à la note. Ces auteurs et ces arrêts semblent admettre que la présomption militant en faveur du propriétaire du bâtiment, ne pourrait être efficacement combattue par la preuve d'une possession contraire.

[16] Req. rej., 7 mai 1838, Sir., 38, 1, 719.

[17] Req. rej., 11 avril 1853, Sir., 53, 1, 732. Voy. sur les chemins servant à l'exploitation de fonds appartenant à divers propriétaires : § 221 *ter*.

[18] *Fructus sunt qui nasci et renasci solent.*

premiers sont appelés *fruits naturels* ou *industriels* [19]; les seconds, *fruits civils* [20].

Les fruits naturels ou industriels comprennent les récoltes des champs, des prairies et des vignes, les produits des jardins, le croît des animaux, les coupes de bois taillis, et celles des futaies soumises à un aménagement régulier. Art. 547, 583, 590 et 591.

Au nombre des fruits civils se placent les loyers de maisons, de fabriques ou d'usines [21], les prix de baux à ferme [22], les intérêts de capitaux exigibles, les arrérages de rentes perpétuelles, et les redevances de mines dues par les concessionnaires aux propriétaires du sol [23]. Art. 584.

Par une extension de l'idée de fruits, la loi attribue ce caractère à certains objets qui, n'étant pas susceptibles de se reproduire, ne peuvent être détachés de la chose dont ils font partie sans altération ou diminution de sa substance. Tels sont, à certains égards, les produits des mines, minières, carrières et tourbières. Gpr. art. 598.

La loi assimile de même aux fruits civils proprement dits, certains revenus dont la perception emporte l'absorption successive

[19] Les fruits naturels sont ceux que la terre produit spontanément. Les fruits industriels sont ceux qui ne s'obtiennent qu'à l'aide du travail et de l'industrie de l'homme. Mais cette distinction, que rappelle l'art. 547, ne présente plus aucun intérêt pratique. Cpr. Demolombe, IX, 580.

[20] Les fruits naturels ou industriels sont les produits qui proviennent directement de la chose elle-même, *ex ipso rei corpore.* Les fruits civils sont les sommes ou prestations dues par un tiers, en vertu d'une obligation ayant pour cause la jouissance de la chose. On les appelle *fruits civils*, parce que, ne provenant pas de la chose elle-même, ils ne revêtent le caractère de fruits qu'en vertu de la loi. Cpr. L. 121, D. *de V. S.* (50, 16).

[21] Nous disons *les loyers*, car les bénéfices que peut procurer une fabrique ou une usine à celui qui l'exploite, ne sont pas des fruits de cette fabrique ou de cette usine ; ils constituent pour ce dernier des produits de son travail ou de son industrie et de l'emploi de ses capitaux. Cpr. § 551, texte nº 2 et note 17. Rossi, *Revue de législation*, 1840, XI, p. 9.

[22] La disposition du second alinéa de l'art. 584 est une innovation législative. Autrefois les fermages étaient censés représenter les fruits naturels ou industriels de la terre, et se trouvaient soumis aux mêmes règles de perception et d'acquisition que ces derniers. Ces règles devraient encore aujourd'hui être appliquées, en cas de colonage partiaire, à la portion de fruits réservée au bailleur. Ces fruits, en effet, lui appartiennent en qualité de propriétaire, et ne lui sont pas dus seulement *ex obligatione.* Toullier, III, 400. Duranton, IV, 532. Proudhon, *De l'usufruit*, II, 905, III, 1152. Demolombe, X, 386.

[23] Cpr. loi du 21 avril 1810, art. 6, 18, 19 et 42.

du fonds ou du capital. Tels sont les arrérages d'une rente viagère, et l'émolument d'un usufruit. Art. 588 et 1568.

Les fruits ne revêtent une existence propre et distincte de celle de la chose qui les produit que par la perception. Ainsi, la vente d'un fonds couvert de récoltes pendantes par branches ou par racines, comprend virtuellement celle de ces récoltes.

Les fruits naturels sont censés perçus dès qu'ils sont séparés du fonds, et même avant leur enlèvement [24]. La même règle s'applique aux produits des mines, minières, carrières et tourbières [25].

Les fruits civils, qui ne se perçoivent en réalité que par le paiement, sont cependant réputés s'acquérir jour par jour [26]. Art. 586. Il en résulte, que si le droit aux fruits civils d'une chose vient à passer d'une personne à une autre, chacune d'elles doit obtenir sur ces fruits une part proportionnelle à la durée de sa jouissance, sans que celle qui de fait les a perçus, soit, à raison de cette circonstance, autorisée à les retenir en totalité. C'est ainsi que, quand un immeuble affermé est vendu au milieu de l'année, le prix de location se partage par moitié entre le vendeur et l'acheteur [27].

Il est cependant certains fruits civils auxquels ne s'applique pas la répartition qui vient d'être indiquée, et que, pour ce motif, on appelle *fruits civils irréguliers*. Tels sont, par exemple, les rétributions dues pour mouture dans un moulin, ou pour sciage dans une scierie. Ces rétributions appartiennent à ceux qui ont fait et exécuté les conventions successives à raison desquelles elles sont dues, sans qu'il y ait lieu de les totaliser par année, pour les répartir entre les ayants droit à proportion de la durée de la jouissance de chacun d'eux [28].

Les fruits ou produits d'une chose n'appartiennent au propriétaire de cette chose qu'à charge de rembourser aux tiers, fussent-ils possesseurs de mauvaise foi, les dépenses de culture, de récolte, ou d'extraction qu'ils auraient faites pour les obtenir. Art. 548 [29]. *Fructus non sunt, nisi deductis impensis.*

[24] Arg. art. 585, cbn. 520. Demolombe, IX, 582, et X, 275.

[25] Proudhon, *De l'usufruit*, II, 911. Demolombe, X, 280 et 281.

[26] Cette règle s'applique-t-elle aux rapports du possesseur de bonne foi avec le légitime propriétaire? Voy. pour la négative: § 206, texte nº 6, et note 26.

[27] Demolombe, IX, 576. Grenoble, 3 mars 1860, *Journal des Cours de Grenoble et de Chambéry*, 1861, p, 21.

[28] Proudhon, *op. et loc. citt.* Demolombe, X, 280.

[29] La disposition de cet article, conçue en termes généraux, s'applique tout

CHAPITRE II.

Des restrictions et des limites auxquelles est soumis et dans lesquelles se trouve circonscrit l'exercice du droit de propriété. — Des obligations légales imposées au propriétaire comme tel.

I. *Des restrictions apportées dans l'intérêt public à l'exercice du droit de propriété.*

§ 193.

L'intérêt public peut exiger que l'exercice de telle ou telle des facultés naturellement inhérentes au droit de propriété soit complétement interdit au propriétaire, ou ne lui soit permis que sous certaines conditions. Les restrictions ou charges qui résultent de dispositions législatives fondées sur ce motif, constituent des servitudes légales, lorsqu'elles sont établies sur un fonds pour l'utilité immédiate d'un autre héritage, qui revêt à ce point de vue le caractère de fonds dominant. En dehors de cette hypothèse, on ne doit

aussi bien à l'hypothèse où les fruits sont encore pendants par branches ou racines au moment de la rentrée en possession du propriétaire, qu'à celle où ce dernier réclame la restitution de fruits perçus par le possesseur. En Droit romain on distinguait entre ces deux hypothèses. Dans la première, le possesseur de mauvaise foi n'avait aucune indemnité à réclamer pour ses frais de semence et de culture, et le possesseur de bonne foi lui-même n'était admis à les répéter qu'à titre d'impenses utiles, et au moyen d'une exception de dol. § 32, Inst. *de rer. div.* (2, 1). L. 11, C. *de rei vind.* (3, 32). Dans la seconde, au contraire, tout possesseur, qu'il fût de bonne ou de mauvaise foi, avait le droit de retenir, sur les fruits qu'il pouvait être tenu de restituer, le montant des frais faits pour les obtenir. L. 36, § 5, D. *de hered. pet.* (5, 3). Voy. aussi L. 1, C. *de fruct. et lit. exp.* (7, 51). Il est donc inexact de dire, comme semblent l'enseigner certains auteurs modernes, que le possesseur de mauvaise foi ne pouvait jamais obtenir, d'après le Droit romain, la bonification de ses frais de semence et de culture. Il est, du reste, généralement reconnu que la différence entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, telle qu'elle était établie par le Droit romain, pour la première des hypothèses ci-dessus indiquées, ne doit plus être admise aujourd'hui. Cpr. art. 1381. Duranton, IV, 349. Proudhon, *Du domaine privé*, II, 546 et 554. Marcadé, sur l'art. 548. Demolombe, IX, 584.

plus y voir que de simples limitations apportées à l'exercice du droit de propriété.

Les restrictions de la dernière espèce, assez nombreuses du reste, sont fondées, soit sur des motifs de sûreté ou de salubrité publiques, soit sur des raisons qui se rattachent à la conservation et au développement de la richesse nationale, soit sur les besoins de la marine ou de l'armée, soit enfin sur les exigences du trésor. Cette matière rentrant plutôt dans le Droit administratif que dans le Droit civil, nous n'aurons point à l'exposer en détail. Nous nous contenterons donc d'indiquer ici les plus importantes de ces restrictions.

Au nombre de celles qui sont fondées sur des motifs de sûreté ou de salubrité publiques, il faut ranger :

Les prohibitions et obligations établies par les lois et règlements de voierie relatifs à l'alignement, à la hauteur des constructions [1], à la réparation ou démolition des bâtiments menaçant ruine [2], aux ouvrages ou dépôts de nature à compromettre la sûreté de la circulation sur les chemins de fer [3];

Les prescriptions concernant l'établissement des manufactures, usines et ateliers dangereux, insalubres, ou incommodes [4];

Celles qui ont pour objet la construction des fosses d'aisance, des cheminées, des fours, et autres ouvrages de nature analogue [5];

Les obligations relatives, soit au desséchement des marais [6] et

[1] Arrêt du Conseil du 27 février 1765. Loi des 7 - 14 octobre 1790, art. 1er. Loi des 10 - 22 juillet 1791, tit. I, art. 29. Loi du 15 septembre 1807, art. 52. Décrets du 26 mars 1852 et du 29 juillet 1859. Cpr. Dumay, *Traité des chemins vicinaux et de l'alignement*, Paris 1844, 2 vol. in-8°. *Traité de la législation des bâtiments*, par Frémy-Ligneville, Paris 1850, 2 vol. in-8°.

[2] Loi des 16 - 24 août 1790, tit. IX, art. 3.

[3] Loi du 15 juillet 1845, tit. I.

[4] Décret du 15 octobre 1810. Ordonnances des 14 janvier 1815, 29 juillet 1818, 25 juin et 29 octobre 1823, 20 août 1824, 9 février 1825, 5 novembre 1826, 20 septembre 1828, 31 mai 1833, 27 janvier 1837, 25 mars, 19 avril et 27 mai 1838, 27 janvier 1846. Cpr. *Manuel des ateliers dangereux, insalubres et incommodes*, par Macarel, Paris 1825, in-18. *Traité de la législation concernant les manufactures et les ateliers dangereux, insalubres et incommodes*, par Taillandier, Paris 1825, in-8° *Traité des établissements dangereux, insalubres et incommodes*, par Clérault, Paris 1845, 1 vol. in-8°.

[5] Cpr. § 198.

[6] Loi du 16 septembre 1807 (Locré, *Lég.*, IX. p. 48 à 58). Cpr. *Code des desséchements*, par Poterlet, Paris 1817, 1 vol. in-8°.

des étangs de nature à nuire à la santé ou à causer des inondations [7], soit à l'assainissement des logements insalubres [8];

La prohibition d'élever des habitations, ou d'établir des puits, dans un certaiu rayon autour des cimetières placés hors des communes [9].

Parmi les restrictions fondées sur des motifs d'économie sociale se placent :

Celles qui concernent le défrichement des forêts [10], le reboisement des montagnes [11], ainsi que l'exploitation des mines et des minières [12], des mines de sel, et des sources ou puits d'eau salée [13];

La défense de faire, sans autorisation préalable, des fouilles ou

[7] La loi du 14 frimaire an II, qui avait ordonné par mesure générale le desséchement des étangs, a été rapportée par une loi postérieure, du 13 messidor an III. Mais suivant la loi des 11 - 19 septembre 1792, la suppression des étangs insalubres ou de nature à causer des inondations peut, sur la demande du conseil municipal, et après avis du conseil d'arrondissement et du conseil général, être ordonnée par le préfet. Cpr. Décrets en Conseil d'État du 15 avril 1857 et du 16 décembre 1858, Sir., 58, 2, 217, et 59, 2, 457. Voy. aussi : Loi du 21 juillet 1856, sur la licitation des étangs du département de l'Ain; et le Décret du 28 octobre 1857, rendu pour l'exécution de cette loi.

[8] Loi des 19 janvier, 7 mars et 13 avril 1850.

[9] Décret du 7 mars 1808. Cpr. Crim. rej., 17 août 1854, Sir., 54, 1, 829; Crim. cass., 27 avril 1861, Sir., 61, 1, 1001.

[10] Les dispositions transitoires des art. 219 et suiv. du Code forestier, qui avaient été successivement prorogées par les lois du 22 juillet 1847, du 22 juillet 1850, des 12 mars - 24 juin - 23 juillet 1851, du 7 juin 1853, et du 21 juillet 1856, ont été définitivement remplacées par la loi du 18 juin 1859, aux termes de laquelle le défrichement, permis en règle générale, à la charge d'une déclaration préalable, ne peut être empêché que dans les cas exceptionnels et pour les causes qu'elle indique. Cpr. Décrets du 22 novembre 1859 et du 31 juillet 1861.

[11] Loi du 28 juillet 1860, art. 5 et suiv. Décret du 27 avril 1861. Instruction du directeur général des forêts du 1er juin 1861, Sir., Lois annotées 1861, p. 107.

[12] L'exploitation des minières est soumise à l'autorisation de l'administration. Celle des mines ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un acte de concession délibéré en Conseil d'État. Voy. sur cette matière : Loi du 21 avril 1810 (Locré, *Lég.*, IX, p. 107 à 647) ; Loi du 27 avril 1838 ; Ordonnance du 23 mai 1841, rendue pour l'exécution de la loi précitée ; Ordonnance du 18 avril 1842. Cpr. *Législation française sur les mines*, par Richard ; Paris 1838, 2 vol. in-8°. *Traité pratique de la jurisprudence des mines*, par Dupont ; Paris 1854, 2 vol. in-8°. *De la propriété des mines*, par Rey ; Paris 1857, 2 vol. in-8°. *Les lois sur les mines*, par Dufour ; Paris 1857, 1 vol. in-8°.

[13] Loi du 17 juin 1840. Ordonnance du 26 juin 1841.

sondages dans le périmètre de protection d'une source d'eau minérale, déclarée d'intérêt public [14].

Les besoins de la marine ou de l'armée ont notamment motivé les restrictions résultant du droit de martelage sur les bois destinés au service de la marine [15], et du droit attribué aux salpétriers commissionnés sur les matériaux de démolition [16].

Enfin, c'est aux exigences du trésor que se rattachent les restrictions relatives à la culture du tabac [17].

L'intérêt général peut non-seulement réclamer des restrictions à l'exercice du droit de propriété, mais exiger la cession de la propriété même des terrains nécessaires à l'exécution de travaux publics [18].

Le propriétaire n'est tenu de céder sa propriété que pour cause d'utilité publique légalement constatée, et moyennant une juste

[14] Loi du 14 juillet 1856. Cpr. Décret du 28 janvier 1860.

[15] Le droit de martelage, que l'art. 124 du Code forestier avait établi sur les bois des particuliers, pour dix ans seulement à partir de la promulgation de ce Code, n'a point été prorogé, et a par conséquent cessé, en ce qui concerne ces bois, à partir du 21 mai 1837. Mais ce droit subsiste encore à l'égard des bois soumis au régime forestier, et s'exerce vis-à-vis l'adjudicataire des coupes de ces bois. Cpr. Code forestier, art. 122 et suiv. Foucart, *Droit administratif*, II, 879.

[16] Loi du 13 fructidor an V, tit. I. Loi du 10 mars 1819, art. 2 à 6.

[17] Lois des finances du 28 avril 1816, partie des contributions indirectes, art. 172 à 229. Le monopole de la régie des tabacs a été successivement prorogé par les lois du 28 avril 1819, du 1er janvier 1824, du 19 avril 1839, du 12 février 1835, du 23 avril 1840, par le décret du 11 décembre 1851, par la loi du 3 juillet 1852, et par celle du 22 juin 1862.

[18] L'expropriation pour cause d'utilité publique ne s'applique qu'aux immeubles corporels. — Il n'existe pas de disposition législative qui permette l'expropriation d'objets incorporels, tels, par exemple, que des droits de propriété littéraire ou industrielle. Foucart, *Droit administratif*, II, 649 et 650. Dufour, *Droit administratif*, III, 1737. Demolombe, IX, 559. Crim. cass., 3 mars 1826, Sir., 26, 1, 365. — Quant au rachat de droits de péage (Req. rej., 23 février 1825, Sir., 25, 1, 297), ou de concessions de canaux (Loi du 29 mai 1845. Lois du 1er août 1860), il constitue bien moins une véritable expropriation, qu'une simple extinction de charges. — Enfin, ce ne serait que par une extension peu juridique de l'idée d'expropriation pour cause d'utilité publique, qu'on assimilerait à cette mesure l'exercice, soit du droit de préemption accordé en certains cas à l'administration des douanes (Loi du 22 août 1791, tit. II, art. 23), ou de celui qui est attribué aux salpétriers commissionnés sur les matériaux de démolition (cpr. texte et note 16 *supra*), soit du pouvoir en vertu duquel l'administration est autorisée à frapper des réquisitions. Décret du 19 brumaire an III. Décret du 15 décembre 1813. Règlement du 1er décembre 1827.

indemnité, qui doit, en général, être réglée par un jury, et payée préalablement à la dépossession. Art. 545 [19].

La loi principale qui régit aujourd'hui l'expropriation pour cause d'utilité publique, est celle du 3 mai 1841 [20]. Cette loi, dont l'art. 3 a été modifié par l'art. 4 du sénatus-consulte du 25 décembre 1852, forme le droit commun en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, et s'applique à tous les cas qui ne sont pas prévus et réglés par des lois spéciales [21].

Au nombre de ces lois spéciales se placent :

1° La loi du 16 septembre 1807. Les dispositions de cette loi, qui concernent l'expropriation par suite d'alignement, sont encore en vigueur [22].

2° La loi du 30 mars 1831, relative à l'expropriation, en cas d'urgence, des propriétés privées nécessaires aux travaux de fortifications. Les dispositions de cette loi ont été, sauf certaines modifications, formellement maintenues par l'art. 76 de la loi du 3 mai 1841.

3° La loi sur les chemins vicinaux du 21 mai 1836. L'art. 16 de cette loi règle, d'une manière particulière, les formalités de l'expropriation des terrains nécessaires à l'ouverture ou au redressement des chemins vicinaux, ainsi que la composition du jury chargé de fixer l'indemnité de dépossession. Aux termes de l'art. 15 de la même loi, la dépossession des terrains qui, par des arrêtés préfectoraux portant reconnaissance et fixation de la largeur de chemins vicinaux, ont été compris dans le sol attribué à de pareils

[19] Cpr. Préambule de la Constitution des 3-14 septembre 1791, art. 17. Constitution du 24 juin 1793, art. 19. Constitution du 5 fructidor an III, art. 358. Charte de 1814, art. 10. Charte de 1830, art. 9.

[20] Les lois antérieures sur l'expropriation pour cause d'utilité publique sont celles du 16 septembre 1807 (tit. XI), du 21 avril 1810 et du 7 juillet 1833. Ces deux dernières lois ont été complétement abrogées par l'art. 77 de la loi du 3 mai 1841. Il n'en est pas de même de la loi du 16 septembre 1807. Cpr. texte et note 22 *infra*.

[21] Cpr. sur cette matière : *De l'expropriation pour cause d'utilité publique*, par Herson ; Paris 1843, 1 vol. in-8°. *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, par Delalleau, 5e édit., revue par Jousselin ; Paris 1856-1857, 2 vol. in-8°. *Code complet de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, par Malapert et Protat ; Paris 1856, 1 vol. in-12. *Les lois de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, par Daffry de la Monnoye ; Paris 1859, 1 vol. in-8°. *Commentaire théorique et pratique des lois d'expropriation pour cause d'utilité publique*, par de Peyronny et Delamarre ; Paris 1859, 1 vol. in-8°.

[22] Loi du 16 septembre 1807, tit. XI, art. 50 à 53.

chemins, s'opère en vertu de ces arrêtés mêmes, et l'indemnité qui peut être due aux propriétaires riverains, est réglée sur rapport d'experts par le juge de paix.

Aux lois relatives à l'expropriation d'utilité publique se rattachent les dispositions législatives concernant l'occupation temporaire des terrains ou l'extraction des matériaux nécessaires à l'exécution de travaux publics [23].

II. *Des limites dans lesquelles se trouve circonscrit l'exercice du droit de propriété pour l'intérêt réciproque de fonds voisins.*

§ 194.

Généralités.

Les rapports de contiguité ou de voisinage entre des fonds appartenant à des propriétaires différents, ont pour effet nécessaire de mettre en conflit les droits respectifs de ces propriétaires ; et ce conflit ne peut être concilié qu'au moyen de certaines limitations imposées à l'exercice des facultés naturellement inhérentes à la propriété.

Ces limitations normales et indispensables peuvent en théorie se ramener aux règles suivantes, qui découlent elles-mêmes de ce principe, que l'exercice du droit de propriété demeure subordonné à la condition de ne point causer dommage à la propriété d'autrui. Art. 1382 et 1383.

Le propriétaire d'un fonds ne peut y faire aucun travail, aucun ouvrage de nature à porter une atteinte matérielle aux fonds voisins.

Il ne peut ni rejeter sur ces fonds des corps solides, ni y transmettre des substances liquides ou aériformes.

Il lui est interdit de disposer ses constructions de manière à compromettre la sûreté, l'indépendance, ou la tranquillité de la jouissance des fonds voisins, et d'affecter ses bâtiments à des usages de nature à produire de pareils inconvénients.

Enfin, il doit s'abstenir de toute plantation dont le résultat serait d'absorber à son profit les forces productives d'un fonds voisin.

[23] Cpr. Loi du 16 septembre 1807, art. 55 et 58 ; Loi du 30 mars 1831, art. 13 et 14 ; Loi du 21 mai 1836, art. 17 et 18.

C'est à ces règles que se rattachent les dispositions du Code concernant l'égout des toits, les vues et jours, les plantations d'arbres, enfin la distance et les ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions.

Quoique placées au titre des *servitudes ou services fonciers*, ces dispositions ne sont point constitutives de véritables servitudes légales, et peuvent d'autant moins être considérées comme créant des charges sur un fonds au profit d'un autre fonds, que les restrictions qu'elles établissent sont réciproquement imposées aux propriétaires voisins pour leur intérêt respectif, et qu'elles n'emportent aucune idée d'héritage dominant ni d'héritage servant. Ces dispositions n'ont, en réalité, d'autre objet que de déterminer les limites dans lesquelles doit se restreindre l'exercice normal du droit de propriété, ou de concilier, au moyen d'une espèce de transaction, les intérêts opposés des propriétaires voisins [1].

C'est par ces considérations que nous expliquerons aux quatre paragraphes suivants les art. 671, 672 et 674 à 681, après avoir indiqué au présent paragraphe les applications des règles ci-dessus posées, qui ne font point l'objet de dispositions spéciales.

Le propriétaire d'un fonds ne peut ni y faire des fouilles, ni y creuser des fossés dont l'exécution ou l'établissement aurait pour effet d'entraîner la ruine de bâtiments ou de plantations existant sur le fonds voisin, ou d'y produire des éboulements de terre [2].

Il ne peut pas davantage envoyer sur le fonds voisin de la poussière ou de la suie en quantité dommageable [3].

Il lui est également interdit de transmettre aux maisons voisines de la fumée ou des odeurs fétides, dont l'effet serait d'en rendre l'habitation malsaine ou incommode [4]. Toutefois, les incon-

[1] Demolombe, XI, 8. Voy. cependant Merlin, *Quest.*, v° Servitude, § 3; Toullier, III, 534.

[2] Mais le propriétaire supérieur n'est pas responsable envers le propriétaire inférieur des éboulements amenés par la pente naturelle ou les vices du terrain. Demolombe, XI, 56. Pau, 14 février 1832, Sir., 32, 2, 259. Req. rej., 29 novembre 1832, Sir., 33, 1, 19. Poitiers, 6 mai 1856, Sir., 56, 2, 470. Colmar, 25 juillet 1861, Sir., 61, 2, 577. — Celui qui veut établir un fossé est-il tenu de laisser un certain espace de terrain entre le bord de ce fossé et le fonds voisin? Voy. pour la solution de cette question : § 198, notes 5 et 6.

[3] Demolombe, XII, 658. Colmar, 16 mai 1827, Sir., 28, 2, 23.

[4] « *In suo hactenus alii facere licet, quatenus nihil in alienum immittat « fumi autem, sicut aquæ, esse immissionem.* » L. 8, § 5, D. *si serv. vind.* (8, 5). Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XII, sect. II, n° 10. Toullier, III, 334. Demo-

vénients légers qu'entraîneraient de pareilles émanations ne sauraient être considérés comme constituant un exercice abusif de la propriété, lorsque, résultant des nécessités ou des usages ordinaires de la vie, ils n'excèdent pas la mesure des incommodités inséparables du voisinage [5].

A plus forte raison, le propriétaire d'une manufacture ou d'une usine ne peut-il pas transmettre aux fonds voisins des gaz délétères de nature à nuire à la santé ou à la végétation [6].

D'après les mêmes motifs, le bruit causé par un établissement industriel doit être considéré comme portant atteinte au droit d'autrui, lorsque par sa continuité et son intensité il devient intolérable pour les voisins, et excède ainsi la mesure des incommodités ordinaires du voisinage [7].

Enfin, on doit même admettre que l'établissement d'une maison de tolérance est susceptible de donner lieu en faveur des voisins à une action en dommages-intérêts, à raison de la dépréciation de valeur locative ou vénale que leurs propriétés ont subie par ce fait [8].

Dans l'application des règles précédentes, les tribunaux pourraient se montrer moins rigoureux, s'il s'agissait d'un établissement créé antérieurement à la construction des maisons dont les propriétaires se plaignent des inconvénients que cet établissement leur cause [9].

L'exercice abusif de la propriété sous l'un ou l'autre des rapports qui viennent d'être indiqués, donne non-seulement ouver-

lombe, XII, 653 et suiv. Metz, 10 novembre 1808, Sir., 21, 2, 154. Civ. rej., 27 novembre 1844, Sir., 44, 1, 811. Civ. rej., 8 juin 1857, Sir., 58, 1, 305.

[5] L. 8, § 6, D. *si serv. vind* (8, 5). Cœpolla, *De servitutibus*, tract. I, cap. 53, nº 1, et tract. II, cap. 43, nº 2. Domat, *op. cit.*, liv. I, tit. XII, sect. 1, nº 10. Demolombe, XII, 658. Cpr. Civ. cass., 27 novembre 1844, Sir., 44, 1, 811 ; Agen, 7 février 1855, Sir., 55, 2, 311.

[6] Demolombe, XII, 655 et suiv. Req. rej., 11 juillet 1826, et Civ. rej., 19 juillet 1826, Sir., 27, 1, 236 et suiv. Req. rej., 3 mai 1827, Sir., 27, 1, 435 et 436. Req. rej., 17 juillet 1845, Sir., 45, 1, 825.

[7] Demolombe, XII, 658. Civ. cass., 27 novembre 1844, Sir., 44, 1, 811. Amiens, 18 juillet 1845, Sir., 45, 2, 475. Req. rej., 20 février 1849, Sir., 49, 1, 546.

[8] Besançon, 9 février et 3 août 1859, Sir., 59, 2, 572, et 60, 2, 255. Chambéry, 25 avril 1861, *Journ. de Grenoble et Chambéry*, 1861, p. 185. Req. rej., 3 décembre 1860, et Civ. rej., 27 août 1861, Sir., 61, 1, 840 et 844. Aix, 14 août 1861, Sir., 62, 2, 285. Voy. cependant : Agen, 4 juillet 1856, Sir., 57, 2, 65.

[9] Cpr. Décret du 15 octobre 1810, art. 9; Demolombe, XII, 659 et 660; Paris, 16 mars 1841, Sir., 44, 1, 811.

ture à une action en réparation du dommage déjà occasionnné, mais autorise encore le propriétaire lésé à demander la suppression ou le changement de l'état de choses qui lui cause préjudice.

Si cependant l'ouvrage ou l'établissement qui porte dommage au voisin avait été autorisé par l'administration dans l'exercice de son pouvoir réglementaire, il n'appartiendrait qu'à l'autorité administrative d'en prononcer la suppression ou la modification, et les tribunaux seraient incompétents pour l'ordonner [10]. Mais l'autorisation administrative, en vertu de laquelle cet ouvrage ou cet établissement a été fait ou élevé, ne prive point le voisin du droit de porter devant l'autorité judiciaire sa demande en indemnité [11].

Les tribunaux peuvent, en statuant sur de pareilles demandes, accorder des dommages-intérêts, tant pour le préjudice causé dans le passé [12], que pour celui qui doit se produire dans l'avenir, aussi

[10] Cette proposition n'est qu'une application du principe de la séparation des pouvoirs, et de la défense faite aux tribunaux de s'immiscer dans la connaissance des actes administratifs, pour en arrêter ou modifier l'exécution. Foucart, *Droit public et administratif*, I, 152, 383 et 385. Agen, 7 février 1855, Sir., 55, 2, 311. Civ. rej., 27 août 1861, Sir., 61, 1, 844. Cpr. cependant : Civ. rej., 8 juin 1857, Sir., 58, 1, 305.

[11] L'autorisation d'établir des manufactures, usines, ou ateliers insalubres et incommodes n'est jamais accordée que sous la condition implicite de ne point porter atteinte aux droits des tiers, et de réparer, conformément aux art. 1382 et 1383, le dommage résultant de l'infraction de cette condition. En statuant sur l'action en réparation du dommage causé par un établissement insalubre ou incommode, les tribunaux ne se mettent donc pas en opposition avec l'acte administratif qui a autorisé cet établissement. Décret du 15 octobre 1810, art. 11. Sirey, *Observations*, Sir., 27, 1, 239. Cormenin, *Questions de Droit administratif*, II, p. 477 et 478. Foucart, *op. cit.*, I, 384. Demolombe, XII, 653. Chauveau, *Compétence de la juridiction administrative*, III, 700. Metz, 10 novembre 1808 et 16 août 1820, Sir., 21, 2, 154 et 155. Civ. rej., 19 juillet 1827, Sir., 27, 1, 238. Req. rej., 3 mai 1827, Sir., 27, 1, 435. Req. rej., 17 juillet 1845, Sir., 45, 1, 825. Req. rej., 20 février 1849, Sir., 49, 1, 346. Décret en Conseil d'État du 5 juin 1859, Sir., 59, 2, 572. Civ. rej., 27 août 1861, Sir., 61, 1, 844. Voy. en sens contraire : Duvergier, *Revue étrangère et française*, 1843, X, p. 425 et 601 ; Massé, *Droit commercial*, II, 382 et 388. D'après ces auteurs, le fait même de l'autorisation administrative priverait les voisins de tout droit à indemnité, et enlèverait aux tribunaux le pouvoir, non-seulement d'ordonner la suppression ou la modification de l'établissement autorisé, mais encore d'accorder des dommages-intérêts à raison du dommage qui en résulterait.

[12] On avait voulu soutenir, en se fondant sur l'art. 1146, que les dommages-intérêts ne sont dus que pour la réparation du préjudice causé depuis la demande. Mais cette manière de voir était évidemment erronée, puisque l'art. 1146, qui ne concerne que les fautes contractuelles, est étranger aux délits et aux quasi-

longtemps que les choses resteront dans le même état[13]. L'indemnité à allouer se détermine, non-seulement d'après le dommage matériel causé aux propriétés voisines, mais encore eu égard à la diminution de valeur locative ou vénale qu'elles subissent[14]. Le mode le plus équitable et le plus rationnel de règlement de l'indemnité pour le dommage à venir, paraît être celui d'allocations successives sous forme d'annuités[15].

Du reste, des travaux qui, sans causer aux voisins un dommage positif, et sans porter ainsi atteinte à leur droit de propriété, auraient simplement pour résultat de les priver d'avantages dont ils jouissaient jusqu'alors, ne pourraient motiver de leur part une action en dommages-intérêts[16]. C'est ainsi que des constructions élevées par un propriétaire sur son fonds, n'autorisent pas le voisin qu'elles privent de l'agrément d'une vue dont il jouissait, à former pour ce motif une action en dommages-intérêts[17]. C'est ainsi encore que des fouilles faites par un propriétaire dans son fonds, ne donnent ouverture contre lui à aucune action en indemnité, bien qu'elles aient eu pour effet de couper ou de détourner les veines d'eau souterraines qui alimentaient le puits du voisin ou un établissement d'eaux minérales[18]. C'est ainsi enfin que la délits. Aussi a-t-elle été réjetée par la doctrine et la jurisprudence. Duvergier, sur Toullier, III, 510, note *e.* Demolombe, XI, 50. Civ. rej., 19 juillet 1826, Sir., 27, 1, 238. Req. rej., 8 mai 1832, Sir., 32, 1, 398.

[13] Req. rej., 3 mai 1827, Sir., 27, 1, 435 et 436. Req. rej., 17 juillet 1845, Sir., 45, 1, 825.

[14] Clérault, *Des établissements dangereux*, chap. VIII, n° 130. Serrigny, *De l'organisation et de la compétence*, n° 870. Sourdat, *De la responsabilité*, II, 1189 et 1191. Foucart, *op. et loc. citt.* Demolombe, XII, 654. Req. rej., 3 mai 1827, Sir., 27, 1, 435 et 436. Req. rej., 17 juillet 1845, Sir., 45, 1, 825. Cpr. aussi les arrêts cités à la note 8 *supra*. Voy. en sens contraire : Macarel, *Des ateliers dangereux etc.*, n° 57 ; Ordonnance en Conseil d'État du 15 décembre 1824, Sir., 27, 1, 434.

[15] C'est ce mode d'indemnité que les tribunaux adoptent d'ordinaire. Cpr. cep. Aix, 1er mars 1826, Sir., 27, 1, 435.

[16] *Quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur.* L. 26, D. *de damn. inf.* (39, 2). Voy. aussi L. 24, § 12, D. *eod. tit.* Demolombe, XII, 647. Voy. cep. : Metz, 12 juin 1807, Sir., 7, 2, 188 ; Bruxelles, 23 août 1810, Sir., 11, 2, 256.

[17] Cpr. Civ. cass., 31 juillet 1855, Sir., 56, 1, 393.

[18] Toullier, III, 328. Pardessus, *Des servitudes*, I, 76 et 78. Duranton, V, 156. Daviel, *Des cours d'eau*, n° 897. Marcadé, sur l'art. 674. Sourdat, *De la responsabilité*, I, 425. Demolombe, *loc. cit.* Civ. rej., 29 novembre 1830 ;

molition d'un mur, qui de fait seulement, et sans aucune charge de servitude, servait d'appui au bâtiment du voisin, ne donne lieu par elle-même à aucune action en dommages-intérêts contre le propriétaire qui l'a effectuée[19].

§ 195.

1. *De la défense de déverser sur le fonds d'autrui des eaux pluviales, ménagères, ou industrielles, et spécialement de l'égout des toits.*

Le propriétaire ne peut se livrer à aucun acte, ni faire sur son fonds aucun travail ou ouvrage qui aurait pour résultat de déverser sur le fonds du voisin des eaux que ce dernier ne serait pas tenu de recevoir en vertu de l'art. 640, c'est-à-dire des eaux autres que celles de source ou de pluie, découlant par la pente naturelle du terrain, d'un fonds supérieur sur un fonds inférieur[1].

Ainsi, il ne peut faire écouler sur le fonds voisin, ni des eaux de fontaine ou de puits, ni des eaux ménagères ou industrielles, ni même celles qu'il aurait amenées sur son fonds pour les besoins de la culture et de l'irrigation[2].

Ainsi encore, le propriétaire d'une cour ne pourrait, au moyen d'un changement apporté au niveau du terrain, en établir la pente de manière à diriger sur le fonds voisin les eaux pluviales tombant dans cette cour[3].

Dans toutes ces circonstances, le propriétaire est obligé de

Sir., 31, 1, 110. Grenoble, 5 mai 1834, Sir., 34, 2, 491. Req. rej., 15 janvier 1835, Sir., 35, 1, 957. Civ. rej., 26 juillet 1836, Sir., 36, 1, 819. Crim. rej,, 13 avril 1844, Sir., 44, 1, 664. Civ. cass., 4 décembre 1849, Sir., 50, 1, 33. Voy. cependant en ce qui concerne le périmètre de protection accordé aux sources d'eaux minérales déclarées d'intérêt public : Loi du 14 juillet 1856 ; § 198, texte et note 14.

[19] Il en serait bien entendu autrement, si l'auteur de la démolition avait agi méchamment, ou s'était rendu coupable d'une grave imprudence. Cpr. Demolombe, XII, 648.

[1] C'est en expliquant ultérieurement l'art. 640, que nous examinerons la question de savoir si la servitude légale établie par cet article est ou non applicable aux eaux d'une source que le propriétaire d'un fonds y a fait jaillir par des fouilles ou des sondages.

[2] Duranton, V, 154. Pardessus, *Des servitudes*, I, 82. Daviel, *Des cours d'eau*, III, 754. Taulier, II, p. 359. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 264. Demolombe, IX, 23 ; XII, 584. Req. rej., 15 mars 1830, Sir., 30, 1, 271.

[3] Daviel, *op. cit.*, III, 753. Marcadé, sur l'art. 640, n° 2. Demolombe, IX, 25.

prendre les mesures nécessaires pour faire écouler les eaux dont il vient d'être parlé, soit sur des fonds à lui appartenants, soit sur la voie publique.

Par la même raison, le propriétaire d'un bâtiment est tenu d'établir ses toits de manière à faire tomber les eaux pluviales sur la voie publique, ou à les recevoir dans son fonds. Art. 681. Il doit donc, dans le cas où il ne peut les faire tomber sur la voie publique, soit établir des chéneaux destinés à les déverser sur un terrain à lui appartenant, soit laisser entre son mur et le fonds voisin un espace suffisant pour les recevoir.

Cette obligation lui incombe, alors même que le fonds voisin est inférieur au sien[4]. Le seul point qui, dans cette hypothèse, puisse faire difficulté, est celui de savoir si, après avoir reçu sur son terrain les eaux provenant de ses toits, le propriétaire du bâtiment est autorisé à les laisser couler sur le fonds inférieur, en vertu de l'art. 640, ou s'il est, au contraire, tenu de leur procurer un écoulement suffisant sur son propre fonds. Cette question semble devoir se résoudre dans le premier sens ou dans le second, suivant que le nouvel état de choses ne constitue pas ou constitue une aggravation sensible de la servitude établie par l'article précité[5].

Non-seulement le propriétaire ne peut, hors du cas prévu par l'art. 640, déverser sur le fonds voisin les eaux provenant du sien ; il n'est pas même autorisé, tout en les retenant chez lui, à établir ou à laisser subsister un état de choses qui donnerait lieu à des infiltrations dommageables aux constructions établies sur le fonds d'autrui, et il doit prendre toutes les mesures nécessaires pour écarter cette cause de préjudice[6]. C'est ainsi que, dans le cas où le larmier d'un bâtiment en fait tomber les eaux à une faible distance du mur du voisin, le propriétaire du bâtiment peut être tenu d'établir au-dessous de ce larmier une rigole pavée, avec une pente suffisante pour assurer l'écoulement des eaux[7].

[4] L'art. 681 ne distingue pas. Pardessus, *Des servitudes*, I, 212. Colmar, 5 mai 1819, Sir., 20, 2, 150. Req. rej., 15 mars 1830, Sir., 30, 1, 271.

[5] La solution donnée au texte est conforme à l'esprit qui a dicté la disposition du 3e al. de l'art. 640, Cpr. Delvincourt, I, part. II, p. 378 ; Pardessus, *op. cit.*, I, 213 ; Toullier, III, 538 ; Demante, *Cours*, II, 536 *bis*, II ; Demolombe, XII, 586 et 589.

[6] Pardessus, *op. cit.*, I, 199 *in fine*. Demolombe, XII, 587. Req. rej., 13 mars 1827, Sir., 27, 1, 160.

[7] Delvincourt et Toullier, *locc. citt.* Pardessus, *op. cit.*, I, 213. Marcadé, sur

Les règles exposées au présent paragraphe cessent de recevoir application, lorsque, en vertu d'une servitude établie par la loi [8] ou par le fait de l'homme, un fonds est assujetti à recevoir des eaux provenant d'un autre fonds.

§ 196.

2. *Des jours et des vues sur un fonds voisin.*

Pour garantir la sûreté, l'indépendance, et la tranquillité de la jouissance des fonds voisins, la loi ne permet que sous certaines restrictions au propriétaire d'un mur, d'un bâtiment, ou d'un fonds de terre, d'y pratiquer des ouvertures et d'y établir des ouvrages constituant des jours ou des vues sur ces fonds.

Les ouvertures pratiquées dans un bâtiment ou dans un mur peuvent être disposées de manière, soit à donner vue sur le dehors et à laisser pénétrer l'air extérieur, soit à ne permettre que l'entrée du jour. Au premier cas, on les appelle *vues ;* au second, on les nomme *jours.*

Les vues sont ou droites ou obliques.

Les vues droites sont les ouvertures qui, fictivement prolongées dans la direction de leur axe, atteindraient le fonds voisin, peu importe, du reste, que la ligne formant la limite de ce fonds soit ou non parallèle à celle du mur dans lequel l'ouverture est pratiquée. En d'autres termes, la vue droite est celle que, dans la direction de l'axe d'une ouverture, on peut exercer sur une partie déterminée du fonds voisin, sans être obligé de tourner la tête soit à droite soit à gauche[1].

l'art. 681, nº 1. Taulier, II, p. 420. Demante, *Cours*, II, 536 *bis*, II. Demolombe, *loc. cit.*

[8] Cpr. Loi du 29 avril 1845, sur les irrigations ; Loi du 10 juin 1854, sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage.

[1] On définit ordinairement les vues droites, celles qui sont pratiquées dans un mur parallèle à la ligne séparative de deux héritages. Voy. Pardessus, *Des servitudes*, I, 204 ; Demolombe, XII, 528 ; Zachariæ, § 234. Mais cette définition n'est pas complétement exacte. D'une part, en effet, on peut avoir une vue droite sur un fonds dont la ligne séparative forme un angle aigu avec le mur où se trouve pratiquée l'ouverture par laquelle elle s'exerce. D'autre part, on n'a qu'une vue oblique sur un fonds même placé parallèlement au mur dans lequel l'ouverture est établie, lorsque ce fonds ne se prolonge pas assez pour se trouver, partiellement du moins, en face de cette ouverture.

Les vues obliques sont les ouvertures dont l'axe, quelque prolongé qu'il fût, n'atteindrait pas le fonds voisin, et au moyen desquelles on ne peut se procurer de vue sur ce fonds qu'en se plaçant dans une direction différente de celle de cet axe, c'est-à-dire en se tournant à droite ou à gauche.

D'après ces définitions, la vue droite suppose toujours un fonds placé en face de l'ouverture par laquelle elle s'exerce, et la vue oblique, un fonds formant angle avec le mur dans lequel existe l'ouverture. Lorsque cet angle est aigu, la même ouverture peut donner tout à la fois une vue oblique sur la partie latérale du fonds voisin, et une vue droite sur la partie située en face[2]. Que si l'angle était droit ou obtus, il ne pourrait y avoir qu'une vue oblique[3]. Enfin, il ne saurait même être question de vue oblique entre deux héritages placés sur le même alignement, lorsque d'ailleurs il n'y existe ni saillie ni balcon[4].

Les ouvertures pratiquées dans les saillies d'un bâtiment et les balcons donnent des vues droites sur les fonds placés en face de chacun de leurs côtés[5], et des vues obliques sur les fonds latéraux, c'est-à-dire sur les fonds formant angle avec l'un ou l'autre de leurs côtés[6].

Les restrictions établies par les art. 676 à 680 sont également applicables dans les villes et dans les campagnes[7], dans les localités où la clôture est forcée et dans celles où elle ne l'est pas[8]. Il importe également peu pour leur application, qu'il s'agisse d'ouvertures établies dans le mur d'un bâtiment ou dans un simple mur de clôture[9], et que le fonds sur lequel elles sont pratiquées serve ou non à l'habitation, et soit ou non en état de clôture. Art. 678 et arg. de cet article.

[2] Cpr. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 318; Demolombe, XII, 549.

[3] Demolombe, XII, 550.

[4] Demolombe, XII, 546.

[5] Toullier, III, 522. Duranton, V, 413. Pardessus, *op. cit.*, I, 207. Taulier, II, p. 416. Marcadé, sur l'art. 679, nº 1. Demolombe, XII, 547.

[6] Solon, *Des servitudes*, nº 291. Demolombe, XII, 548. Cpr. Dijon, 7 mai 1847, Sir., 47, 2, 608.

[7] *Exposé de motifs*, par Berlier (Locré, *Lég.*, VIII, p. 374, nº 14). Merlin, *Rép.*, vº Vue, § 2, nº 6. Toullier, III, 520. Demolombe, XII, 560.

[8] Demolombe, XII, 561. Voy. cependant: Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 319; Demante, *Cours*, II, 533 *bis*, I.

[9] C'est évidemment à tort que MM. Du Caurroy, Bonnier et Roustain (*loc. cit.*) enseignent que les règles établies par les art. 676 et suivants ne s'appliquent

a. *Des jours.*

Le propriétaire d'un mur ou d'un bâtiment qui ne se trouve pas, relativement à l'héritage voisin, à la distance à laquelle il est permis d'ouvrir des vues droites ou obliques, ne peut y pratiquer que de simples jours, c'est-à-dire des fenêtres garnies d'un châssis à verre dormant, et d'un treillis de fer, dont les mailles ne doivent avoir qu'un décimètre d'ouverture au plus. Art. 676 cbn. 677 et 678.

Ces fenêtres ne peuvent être établies qu'à 26 décimètres au-dessus du sol ou plancher de la chambre qu'on veut éclairer, si elle est à rez-de-chaussée, et à 19 décimètres, pour les étages supérieurs. Art. 677. Il suffit, lorsque les fonds contigus ne sont pas de même niveau, que cette hauteur existe du côté du voisin qui se propose d'ouvrir des jours[10]. Si la partie du bâtiment qu'on veut éclairer est un escalier, et que cet escalier soit placé le long du mur dans lequel doivent être percés des jours, il faut que les fenêtres soient disposées de manière qu'elles se trouvent à la hauteur légale par rapport à chaque marche[11]. Quant aux soupiraux de caves, dont la loi ne s'est pas occupée au point de vue de la hauteur à laquelle ils doivent être placés, il semble qu'il soit permis de les établir à une hauteur moindre que celle fixée par l'art. 677, s'il n'en peut résulter pour le voisin aucune incommodité sensible[12].

Du reste, le propriétaire est libre de donner aux jours ouverts dans les conditions ci-dessus indiquées, les dimensions en hauteur et en largeur qu'il juge convenables[13].

L'ouverture de jours établis conformément aux art. 676 et 677, ne constitue de la part du propriétaire qui les a pratiqués, que l'exercice normal de son droit de propriété, et n'implique aucune prétention de servitude sur le fonds voisin ; en d'autres termes,

qu'aux ouvertures qui, pratiquées dans un mur de bâtiment, sont destinées à éclairer des appartements. Demolombe, XII, 562.

[10] C'est ce qui ressort des termes de l'art. 677 « au-dessus du plancher ou sol « de la chambre qu'on veut éclairer ». Pardessus, *op. cit.*, I, 210. Taulier, II, p. 411. Demolombe, XII, 534. Voy. en sens contraire : Toullier, III, 526.

[11] Cpr. Pardessus, *op. et loc. citt.*; Duranton, V, 405; Taulier, II, p. 412; Demolombe, XII, 535.

[12] Pardessus, *op. et loc. citt.* Taulier, II, p. 412. Demolombe, XII, 534 *bis*.

[13] Toullier, III, 525. Pardessus, *op. et loc. citt.* Taulier, II, p. 412. Demolombe, XII, 537.

de pareils jours sont à considérer comme ayant été ouverts, *non jure servitutis, sed jure dominii* [14]. Il en résulte que si, d'une part, le voisin ne peut en demander la suppression pure et simple, il conserve cependant, d'autre part, malgré leur existence depuis quelque laps de temps que ce soit, le libre exercice des facultés naturellement ou légalement inhérentes à son droit de propriété, et qu'ainsi il est toujours autorisé, sans qu'on puisse lui opposer aucune prescription, soit à obstruer les jours ouverts sur son fonds, en bâtissant contre [15], soit à en demander la suppression, en acquérant la mitoyenneté du mur dans lequel ils sont établis [16].

Par une raison inverse de celle qui a été ci-dessus indiquée, les ouvertures pratiquées en dehors des conditions exigées par les art. 676 et 677 ne sont plus à considérer comme établies *jure dominii*, et le voisin est dès lors autorisé à demander qu'elles soient supprimées ou modifiées conformément à la loi. Il en est ainsi du moins, tant que de pareilles ouvertures n'existent pas depuis trente années.

Dans l'hypothèse contraire, il y aurait à examiner si elles ont été pratiquées et maintenues à titre de droit, ou seulement par suite d'une simple tolérance ; et cette question de fait, de la solution de laquelle dépend celle de savoir s'il y a eu ou non acquisition par prescription d'une véritable servitude de vue, doit se décider eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque espèce, notamment d'après la dimension des fenêtres, l'endroit où elles se trouvent placées, le but dans lequel elles ont été établies, et surtout d'après l'incommodité plus ou moins sensible qu'elles ont dû causer au voisin [17].

Lorsqu'il est reconnu en fait que les ouvertures, quoique non conformes aux prescriptions des art. 676 et 677, ne constituent cependant que des jours de souffrance ou de tolérance, le voisin est, même après trente ans, non-seulement autorisé à obstruer ces jours en bâtissant contre, et à les faire boucher en acquérant

[14] Toullier, III, 548. Demante, *Cours*, II, 532 *bis*. Du Caurroy, Bonnier et Roustein, II, 317. Demolombe, XII, 540.

[15] Voy. les autorités citées à la note précédente.

[16] Cpr. art. 661 et 675 ; § 222, texte lett. *a*, notes 55 et 56.

[17] Pour éviter toute difficulté à ce sujet, le voisin qui laisse pratiquer sur son fonds, des ouvertures dont le caractère pourrait être douteux, à raison de l'inobservation des conditions prescrites pour les simples jours, agira prudemment en se faisant remettre un écrit constatant qu'il n'en a permis l'établissement qu'à titre de tolérance.

la mitoyenneté du mur [18], mais encore à réclamer leur suppression pure et simple, ou leur modification dans les termes de la loi [19]. Que si, au contraire, il est constant en fait que les ouvertures constituent de véritables servitudes de vue, le voisin est tenu de les respecter, conformément à ce que nous dirons en parlant des vues.

b. *Des vues.*

On ne peut établir de vues droites sur le fonds d'autrui au moyen de fenêtres d'aspect, de balcons, de saillies, ou outres ouvrages, tels que terrasses [20] ou belvéders [21], qu'à la distance de dix-neuf décimètres de ce fonds. Art. 678. Cette distance se compte, pour les fenêtres ouvertes dans un mur de bâtiment ou de clôture, du parement extérieur de ce mur, et pour les balcons, saillies, ou autres ouvrages, de la ligne extérieure de l'appui ou de la balustrade de face, jusqu'à la ligne formant la limite de l'héritage voisin. Art. 680. Lorsque les deux héritages sont séparés par un mur mitoyen, cette ligne est celle qui passe par le milieu de l'épaisseur de ce mur [22].

On ne peut établir de vues obliques sur le fonds d'autrui qu'à la distance de six décimètres. Art. 679. La distance se compte, pour

[18] Arg. art. 2229 et 2232. Req. rej., 24 décembre 1838, Sir., 39, 1, 56. Civ. rej., 18 juillet 1859, Sir., 60, 1, 271.

[19] Seine, 2 décembre 1859, Sir., 60, 1, 271, à la note.

[20] Merlin, *Rép.*, v° Vue, § 2, n° 1. Toullier, III, 520. Fremy-Ligneville, *Législation des bâtiments*, II, 505. Demolombe, XII, 573. Bordeaux, 18 mai 1858, Sir., 59, 2, 177. Cpr. quant aux ouvrages qui, élevés sur un terrain en pente, sont ou non à considérer comme constituant des terrasses de nature à procurer une vue prohibée : Pardessus, *op. cit.*, I, 204 ; Demolombe, XII, 575 ; Orléans, 19 janvier 1849, Sir., 49, 2, 596.

[21] Demolombe, XII, 572. Voy. cep. Metz, 25 mai 1843, Sir., 50, 1, 19.

[22] Pardessus, *op. cit.*, I, 205. Duranton, V, 408. Taulier, II, p. 416. Solon, *Des servitudes*, n° 290. Demolombe, XII, 557. — L'acquisition de la mitoyenneté d'un mur de clôture pourrait offrir au voisin dont les vues ne seraient pas complétement à la distance légale le moyen de se mettre en règle. Mais celui dont les vues se trouvent à cette distance, en y comprenant l'épaisseur totale du mur de clôture dont la propriété exclusive lui appartient, ne pourrait être obligé de les supprimer dans le cas où, le voisin venant à acquérir la mitoyenneté de ce mur, ces vues ne seraient plus à la distance légale de la nouvelle ligne séparative des deux héritages. Pardessus, *op. cit.*, I, 206. Toullier et Duvergier, III, 522. Solon, *op. et loc. citt.* Duranton, V, 411. Taulier, II, p. 416. Demante, *Cours*, II, 534 *bis*. Demolombe, XII, 558.

les fenêtres, de l'arête des montants de ces ouvertures [23], et pour les balcons ou autres saillies, de la ligne extérieure de la balustrade ou de l'appui du côté où se prend la vue, jusqu'au point le plus rapproché de la ligne formant la limite de l'héritage voisin.

Les règles précédentes s'appliquent même au cas où la vue donne sur un bâtiment garni de balcons ou de saillies dépassant la limite du fonds dans lequel il se trouve élevé, en ce sens que la distance se compte toujours jusqu'à cette limite, abstraction faite de l'avance formée par les balcons ou saillies [24].

Si les dispositions restrictives des art. 678 à 680 concernent également les ouvertures pratiquées, soit dans un mur de bâtiment, soit dans un simple mur de clôture, elles ne sont cependant relatives qu'aux vues proprement dites, et ne sauraient s'étendre aux intervalles que présente la clôture elle-même d'après son mode de construction, par exemple, lorsqu'elle est à claire-voie ou sous forme de grille. De pareilles clôtures peuvent être établies sur la limite séparative de deux fonds, alors même que la grille serait posée sur un mur à hauteur d'appui [25].

Les dispositions des articles précités ne s'appliquent pas davantage aux ouvertures d'accès, qui ne constituent pas en même temps des ouvertures de vue, c'est-à-dire aux portes à panneaux pleins et sans vitrage [26].

Les distances prescrites par les art. 678 et 679 doivent être observées, même à l'égard des héritages qui ne seraient pas contigus à celui d'où s'exerce la vue, et qui en seraient séparés par un fonds appartenant à un tiers [27].

[23] C'est à tort que l'art. 680 indique le même mode de calcul pour les vues obliques qui s'exercent par des fenêtres que pour les vues droites. Les dispositions de cet article ne doivent s'appliquer qu'aux vues droites ; autrement tout propriétaire dont le mur ne serait pas séparé de l'héritage voisin par un espace de six décimètres, ne pourrait avoir sur cet héritage aucune vue de côté, à quelque distance qu'elle s'en trouvât. Merlin, *Rép.*, v° Vue, § 2, n° 7. Pardessus, *op. cit.*, I, 206. Duranton, V, 413. Taulier, II, p. 415. Demolombe, XII, 552.

[24] Pardessus, *op. cit.*, 1, 205 et 207. Solon, *op. cit.*, n° 290. Demolombe, XII, 554.

[25] Demolombe, XII, 561. Req. rej., 3 août 1836, Sir., 36, 1, 744. — Il en serait autrement des interstices laissés dans le mur d'un bâtiment, interstices qui présenteraient tous les caractères d'une vue droite s'exerçant sans réciprocité sur l'héritage voisin. Agen, 9 février 1849, Sir., 49, 2, 277.

[26] Cpr. Caen, 2 mars 1853, Sir., 58, 2, 180 ; Montpellier, 14 novembre 1856, Sir., 57, 2, 81. Voy. en sens contraire : Caen, 27 avril 1857, Sir., 58, 2, 177.

[27] Demante, *Cours*, II, 533 *bis*, II. Demolombe, XII, 564.

Mais les vues établies dans des constructions élevées sur un terrain riverain d'une voie publique ne sont pas soumises aux dispositions restrictives des art. 678 et 679. Il est permis d'ouvrir toute espèce de vues dans un bâtiment ou dans un mur joignant une voie publique, bien qu'à raison de son peu de largeur les vues droites sur un héritage situé de l'autre côté de cette voie ne se trouvent pas à la distance de dix-neuf décimètres [28], ou qu'à raison, soit du croisement, soit du détour des rues, les vues obliques sur un héritage faisant angle avec les constructions dans lesquelles elles sont pratiquées, ne soient pas à la distance de six décimètres [29].

Il y a mieux, lorsque le propriétaire d'un bâtiment joignant la voie publique a obtenu de l'autorité compétente la permission d'y établir des balcons ou autres saillies, il est libre de le faire, bien que ces ouvrages doivent avoir pour résultat de lui donner, sur des héritages riverains de cette voie publique, des vues droites ou obliques qui ne se trouveront pas à la distance légale [30].

[28] Ce premier point ne paraît pas contesté. Merlin, *Rép.*, v° Vue, § 2, n° 1. Delvincourt, I, part. II, p. 408. Toullier et Duvergier, III, 528. Duranton, V, 412. Pardessus, *op. cit.*, I, 204. Solon, *op. cit.*, n° 294. Taulier, II, p. 417. Marcadé, II, p. 673. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 320. Demante, *Cours*, II, 533 *bis*, II. Demolombe, XII, 566. Req. rej., 1er mars 1848, Sir., 48, 1, 622.

[29] Voy. en ce sens : les auteurs cités à la note précédente ; Dijon, 13 mars 1840, Sir., 47, 2, 605 ; Civ. cass., 1er juillet 1861, Sir., 62, 1, 81. Voy. en sens contraire : Nancy, 25 novembre 1816, Sir., 17, 2, 155 ; et Zachariæ, § 244, texte et note 10. Cet auteur qui, dans sa troisième édition, avait enseigné que les dispositions des art. 678 et 679 sont applicables, même aux ouvertures pratiquées dans un bâtiment longeant une voie publique, lorsqu'elles donnent des vues droites ou obliques sur un fonds voisin, s'est, dans sa quatrième édition, rangé à l'opinion commune en ce qui concerne les vues droites ; mais il a maintenu sa précédente décision quant aux vues obliques. La distinction qu'il établit à ce sujet sans la justifier, nous paraît dénuée de tout fondement. En effet, la raison décisive des solutions données au texte se tire de la destination des voies publiques, et de la faculté réciproquement accordée aux riverains de percer toute espèce de portes et de fenêtres dans les bâtiments élevés le long de ces voies. Or cette raison s'applique tout aussi bien aux vues obliques qu'aux vues droites.

[30] Marcadé, sur l'art. 679, n° 2. Demolombe, XII, 567. Civ. cass., 27 août 1849, Sir., 49, 1, 609. Cpr. Civ. rej., 31 janvier 1826, Dalloz, 1827, 1, 150 ; Civ. cass., 16 janvier 1839, Sir., 39, 1, 399. Voy. en sens contraire : Fremy-Ligneville, *Législation des bâtiments*, II, 595 et 605 ; Solon, *op. cit.*, n° 291 ; Devilleneuve, *Observations*, Sir., 49, 1, 609 ; Dijon, 7 mai 1847, Sir., 47, 2, 608. On dit, à l'appui de cette dernière opinion, que les balcons ou saillies n'offrant qu'un but de pur agrément et non de nécessité, leur établissement ne rentre pas dans la distination à laquelle sont essentiellement affectées les voies publiques, et que la

Enfin, les dispositions restrictives des art. 678 et 679 ne sont plus applicables, lorsque les vues établies dans le bâtiment ou dans le mur de l'un des voisins ne donnent que sur le mur plein ou le toit non percé d'ouvertures de l'autre[31], ou lors encore qu'il s'agit de lucarnes qui, pratiquées dans le faîte d'une maison, ne regardent que le ciel[32].

Les vues établies à la distance légale ne constituent pas plus que les simples jours, de véritables servitudes, et n'ont point ainsi pour effet de restreindre en quoi que ce soit l'exercice des facultés naturellement inhérentes au droit de propriété du voisin, qui reste libre d'élever sur la limite extrême de son fonds toute espèce de constructions.

Lorsque des vues ont été établies à une distance moindre qu'à la distance légale, le voisin sur l'héritage duquel elles donnent, est

permission administrative, nécessaire à leur construction, n'est accordée que sauf les droits des tiers. Mais cette argumentation ne nous paraît pas concluante. Si une autorisation administrative est exigée pour l'établissement de balcons ou saillies sur la voie publique, il n'en est pas moins vrai qu'après l'avoir obtenue, le propriétaire est, en ce qui concerne les balcons établis en vertu de cette concession, dans la position où il se trouve de plein droit en ce qui concerne l'ouverture de simples fenêtres. D'un autre côté, il ne faut pas oublier que c'est dans un intérêt général que les voies publiques sont affectées à certains usages, et que les intérêts privés doivent fléchir devant cet intérêt général. Si les propriétaires riverains d'une voie publique sont autorisés *jure civitatis* à en user pour ouvrir des portes et des fenêtres, ils doivent aussi *jure civitatis* subir les inconvénients attachés à leur position riveraine, et ne sauraient se prévaloir de leur droit de propriété pour restreindre le pouvoir réglementaire en vertu duquel l'autorité administrative reste libre d'accorder la permission de faire sur la voie publique toutes les constructions compatibles avec sa destination. De pareilles permissions peuvent sans doute léser les intérêts des propriétaires voisins, en les privant d'avantages dont ils jouissaient jusqu'alors ; mais on ne saurait y voir une violation de droits. D'où il résulte qu'elles ne peuvent jamais donner lieu qu'à une réclamation administrative, et non à une action judiciaire.

[31] Toullier, III, 528. Duranton, V, 409 et 410. Pardessus, *op. cit.*, I, 204. Solon, *op. cit.*, n° 295. Taulier, II, p. 417. Marcadé, sur l'art. 678, n° 2. Demolombe, XII, 569 et 570. Req. rej., 7 novembre 1849, Sir., 50, 1, 18. Orléans, 27 mai 1858, Sir., 59, 2, 36. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, part. II, p. 408 ; Dijon, 26 mai 1842, Pal. 1842, II, p. 29. — Il est bien entendu que, si le mur sur lequel donnent les vues venait à être démoli ou détruit, de telle sorte qu'elles portassent désormais sur le fonds même du voisin, ce dernier serait autorisé à demander la suppression de celles qui ne seraient pas à la distance légale, sans qu'on pût lui opposer aucune prescription. Duranton, Solon, Taulier et Demolombe, *locc. citt.* Cpr. Pardessus, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Toullier, *loc. cit.*

[32] Pardessus, *op. cit.*, I, 207. Demolombe, XII, 571.

autorisé à en demander la suppression pure et simple, et à plus forte raison peut-il les obstruer ou les masquer, en élevant sur son terrain telles constructions qu'il juge convenables.

Cependant la jouissance de pareilles vues pendant trente ans conduirait à l'acquisition par prescription d'une véritable servitude, dont l'effet serait non-seulement de rendre le propriétaire du fonds voisin non recevable à demander la suppression de ces vues, même après avoir acquis la mitoyenneté du mur où elles se trouvent établies [33], mais encore de lui imposer l'obligation de les respecter en restant, pour les constructions qu'il voudrait élever, à la distance de dix-neuf ou de six décimètres du bâtiment ou du mur dans lequel elles ont été pratiquées [34].

[33] Cpr. § 222, texte lett. *a*, notes 58 à 61.

[34] Nous croyons devoir rétracter l'opinion que nous avions émise sur ce dernier point, dans nos précédentes éditions, en partant de la supposition que la défense d'établir des vues à une distance moindre que dix-neuf ou six décimètres, constitue une servitude imposée au fonds dans lequel on se propose d'en pratiquer, et que la libération par prescription de cette servitude passive n'emporte pas acquisition d'une servitude active sur l'héritage voisin. L'inexactitude de ces idées est ressortie pour nous d'un examen plus approfondi des principes relatifs à l'exercice de la propriété. Nous avons déjà établi au § 194 que la défense dont il est ici question ne saurait être considérée comme une servitude, mais qu'on doit y voir une disposition réglementaire de l'exercice normal et régulier du droit de propriété. Ce point admis, il faut reconnaître que celui qui ouvre des vues à une distance moindre que la distance légale, exerce sous ce rapport un véritable empiétement sur le fonds voisin, et que par cela même qu'il établit ainsi un état de choses constitutif en fait d'une servitude active de vue, il doit, par une jouissance trentenaire, acquérir cette servitude, qui est à la fois continue et apparente. Quant à l'effet de cette acquisition, il se détermine, conformément à la règle *Tantum præscriptum, quantum possessum*, par l'étendue de l'empiétement qui, sous le rapport de la vue, a été exercé sur le fonds voisin, ce qui revient à dire que le propriétaire de ce fonds ne peut plus y construire qu'en retrait de la ligne séparative des deux héritages, et de manière à laisser entre ses constructions et le point où sont établies les vues, une distance de dix-neuf ou de six décimètres. Delvincourt, I, part. II, p. 418. Duranton, V, 326. Duvergier, sur Toullier, III, 554, note *a*. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 413 et 418. Taulier, II, p. 418 et 419. Marcadé, sur l'art. 678, nº 3. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 321. Solon, *Des servitudes*, nos 303 et 305. Demante, *Cours*, II, 535 *bis*, II et IV. Demolombe, XII, 580 et 581. Bordeaux, 10 mai 1822, Sir., 22, 2, 266. Montpellier, 28 décembre 1825, Sir., 26, 2, 230. Grenoble, 1er août 1827, Sir., 28, 2, 180. Bordeaux, 1er décembre 1827, Sir., 28, 2, 80. Nancy, 7 février 1828, Sir., 29, 2, 178. Toulouse, 21 avril 1830, Sir., 31, 2, 329. Req. rej., 1er décembre 1835, Sir., 36, 1, 604. Req. rej., 21 juillet 1836, Sir., 36, 1, 529. Montpellier, 15 novembre 1847, Sir., 48, 2, 124. Civ. cass., 22 août 1853, Sir., 53, 1, 593. Bordeaux, 18 mai 1858, Sir., 59, 2, 177. Voy. en sens contraire : Merlin,

Il est, du reste, bien entendu qu'une servitude de vue peut également s'acquérir par titre ou par destination du père de famille [35].

§ 197.

3. *De la distance à laquelle les arbres doivent être tenus du fonds voisin. — Des branches qui s'étendent sur ce fonds et des racines qui s'y avancent.*

a. Le propriétaire ne peut avoir sur son fonds, soit des arbres à haute ou basse tige, soit des haies vives, qu'à une certaine distance de la ligne qui le sépare du fonds voisin. Art. 671.

La restriction à laquelle se trouve soumis sous ce rapport l'exercice du droit de propriété, s'applique aux arbres provenant, soit de semis naturels ou artificiels, soit même excrus d'anciennes souches, tout aussi bien qu'aux arbres plantés de main d'homme [1].

D'un autre côté, il n'y a pas, quant à l'application de cette restriction, de différence à faire entre les héritages urbains et les héritages ruraux [2], entre les terrains clos de murs et ceux qui ne le sont pas [3], entre les terres cultivées et les chemins [4].

Enfin, la disposition de l'art. 671 s'étend aux forêts comme aux héritages de toute autre nature, de sorte que le propriétaire d'une forêt est soumis à l'application de cet article [5], et qu'il est aussi

Quest., v° Servitude, § 3; Toullier, III, 524 et 536; Pardessus, *Des servitudes*, II, n° 312 et p. 392, note *k;* Req. rej., 10 janvier 1810, Sir., 10, 1, 176; Pau, 12 avril 1826, Sir., 27, 2, 14; Nîmes, 21 décembre 1826, Sir., 27, 2, 88; Bastia, 19 octobre 1834, Sir., 35, 2, 301.

[35] Nous expliquerons dans la théorie des servitudes, les conséquences de l'acquisition d'une servitude de vue par titre ou par destination du père de famille.

[1] Le terme *planter*, dont le législateur s'est servi dans l'art. 671 et le 1er al. de l'art. 672, ne doit pas être entendu dans un sens restrictif. Les raisons sur lesquelles sont fondées les dispositions de ces articles, s'opposent à toute distinction entre les arbres plantés et ceux d'une autre origine. Duranton, V, 386. Marcadé, sur l'art. 671. Demolombe, XI, 490. Civ. rej., 28 novembre 1853, Sir., 54, 1, 37. Civ. rej., 22 décembre 1857, Sir., 58, 1, 361. Voy. cependant Proudhon et Curasson, *Des droits d'usage*, II, 571.

[2] Duvergier, sur Toullier, II, 512, note *b*. Demolombe, XI, 485. Nîmes, 14 juin 1833, Dalloz, 1834, 2, 7. Voy. cep. note 11 *infra*, *in fine*.

[3] Demolombe, XI, 486. Voy. cep. Sebire et Carteret, *Encyclopédie du droit*, v° Arbres, n° 9; Proudhon, *Du domaine privé*, II, 582; Caen, 18 février 1859, Sir., 59, 2, 587. Cpr. aussi note 11 *infra*, *in fine*.

[4] Civ. cass., 25 mars 1862, Sir., 62, 1, 470.

[5] Ordonnance réglementaire du Code forestier, art. 176, al. 2. Curasson, sur

admis à l'invoquer [6]. Il en est ainsi, alors même que les héritages contigus sont tous deux en nature de bois [7].

Quant à la distance, l'art. 671 s'en remet aux règlements existant lors de la promulgation du Code, et aux usages locaux constants et reconnus [8], et ce n'est qu'à défaut de règlement ou d'usage qu'il la fixe à deux mètres de la ligne séparative des deux héritages, pour les arbres à haute tige, et à un demi-mètre, pour les arbres à basse tige et pour les haies vives.

L'autorité que, pour la fixation de la distance, la loi attribue aux règlements et aux usages locaux, s'étend aux arbres à basse tige et aux haies vives aussi bien qu'aux arbres à haute tige [9]. Elle sert à déterminer les droits respectifs des voisins, peu importe que la distance fixée par ces règlements ou usages soit plus grande ou moindre que celle qui se trouve indiquée dans l'art. 671 [10]. Mais on ne saurait considérer comme un usage obligatoire et maintenu, l'habitude suivie dans une localité de n'observer aucune distance; et dans ce cas les arbres ou les haies devraient être tenus à la distance indiquée par l'article précité [11].

Proudhon, *Des droits d'usage*, II, 572. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 306. Demolombe, XI, 487 et 488. Rennes, 19 juin 1838, Sir., 38, 2, 526. Civ. rej., 28 novembre 1853, Sir., 54, 1, 37.

[6] Req. rej., 20 mars 1828, Sir., 28, 1, 354. Civ. rej., 24 juillet 1860, Sir., 60, 1, 897.

[7] MM. Du Caurroy, Bonnier et Roustain (*loc. cit.*) et Demolombe (XI, 489) émettent une opinion contraire, en se fondant sur l'intérêt réciproque des propriétaires de forêts contiguës. Cet intérêt les déterminera sans doute le plus souvent à ne pas se prévaloir, l'un contre l'autre, des dispositions de l'art. 671, mais on ne saurait y voir un motif juridiquement suffisant pour leur refuser le droit de les invoquer.

[8] Cpr. Paris, 17 février 1862, Sir., 62, 2, 137. Une simple habitude de tolérance ne constitue pas un véritable usage. Il faut que l'habitude généralement suivie, l'ait été à titre de règle de droit, *opinione juris vel necessitatis*. Cpr. § 23. Pardessus, *Des servitudes*, II, 340. Amiens, 21 décembre 1821, Sir., 22, 2, 297.

[9] La première partie de l'art. 671 ne parle, il est vrai, que des arbres à haute tige; mais il ressort évidemment des mots *et à défaut de règlements et usages*, qui se trouvent au commencement de la seconde partie du même article, que les rédacteurs du Code ont entendu maintenir la distance fixée par les règlements et usages, pour les arbres à basse tige, aussi bien que pour les arbres à haute tige. Demolombe, XI, 492. Voy. en sens contraire : Solon, *Des servitudes*, n° 234; Joccoton, *Des actions civiles*, n° 272.

[10] Pardessus, *op. et loc. citt.* Taulier, II, p. 401. Demolombe, XI, 493. Paris, 2 décembre 1820, Sir., 21, 2, 227.

[11] L'ensemble de l'art. 671 prouve, en effet, qu'il a été dans l'intention du législateur d'établir en règle la nécessité d'une distance quelconque, et qu'en se

La distinction entre les arbres à haute et à basse tige s'établit d'après leur nature et leur essence, et ne dépend nullement du mode d'aménagement auquel ils sont soumis. Il en résulte que la distance prescrite quant aux arbres à haute tige, doit être observée même pour des arbres de cette nature qui seraient périodiquement recepés et maintenus à la hauteur d'arbres à basse tige [12].

La distance se mesure à partir du cœur de l'arbre [13], jusqu'à la ligne séparative des deux héritages, et lorsqu'ils sont séparés par une clôture mitoyenne, jusqu'au milieu de cette clôture [14]. Que s'il existe entre les deux fonds un chemin public ou un cours d'eau naturel, on comprend dans la distance la largeur de ce chemin ou de ce cours d'eau [15].

référant aux anciens règlements et usages, il ne l'a fait que pour la fixation de cette distance. On doit en conclure que, dans les localités où l'usage est de n'observer aucune distance, il y a lieu de se conformer à celle qui se trouve établie par l'art. 671. Pardessus et Taulier, *locc. citt.* Joccoton, *Des actions civiles*, nº 272. Demolombe, XI, 493. Voy. en sens contraire : Carou, *Des actions possessoires*, nº 282 ; Garnier, *Des actions possessoires*, p. 227 ; Serrigny, *Revue critique*, 1859, XV, p. 1. — A la rigueur, la proposition énoncée au texte devrait s'appliquer même aux terrains clos de murs situés dans l'intérieur des villes. Toutefois il faut reconnaître que cette application présenterait de sérieux inconvénients, et l'on comprend que la jurisprudence incline à adopter à cet égard certains tempéraments. Cpr. Domolombe, XI, 486 et 493 ; Paris, 27 août 1858, Sir., 58, 2, 637 ; Bordeaux, 13 mars 1860, Sir., 60, 2, 179.

[12] Demolombe, XI, 498. Civ. cass., 5 mars 1850, Sir., 50, 1, 377. Req. rej., 9 mars 1853, Sir., 53, 1, 248. Chamb. réun. cass., 25 mai 1853, Sir., 53, 1, 714. Civ. cass., 12 février 1861, Sir., 61, 1, 327.

[13] Solon, *op. cit.*, nº 243. Suivant M. Demolombe (XI, 496), la distance devrait se calculer à partir de la surface extérieure de l'arbre. Mais cette opinion, d'après laquelle la distance varierait suivant la grosseur plus ou moins forte de l'arbre au moment de sa plantation, ne nous paraît pas admissible. Elle ne cadre d'ailleurs pas avec la solution négative adoptée par notre savant collègue sur la question de savoir si le voisin peut demander l'arrachement des arbres qui, s'étant trouvés à la distance légale au moment de leur plantation, auraient cessé de l'être par suite de leur accroissement.

[14] Pardessus, *Des servitudes*, I, 194. Duranton, V, 387. Taulier, II, p. 402. Demolombe, XI, 495,

[15] Demolombe, *loc. cit.* Cpr. Pardessus et Duranton, *locc. citt.* L'opinion émise au texte, pour le cas où les deux héritages sont séparés par un cours d'eau naturel, ne peut être contestée, dès qu'on admet, comme nous le faisons, que le lit des ruisseaux doit, tout aussi bien que celui des rivières qui ne forment pas des dépendances du domaine public, être considéré comme n'appartenant pas aux riverains. Cpr. § 169, texte, notes 8 et 9.

Le voisin peut exiger que les arbres ou les haies qui se trouvent à une distance moindre que la distance légale, soient arrachés, quelque minime que soit la différence entre ces deux distances, et alors même qu'il ne résulte pour lui aucun dommage de cet état de choses [16]. Art. 672, al. 1.

Si cependant des arbres ou des haies plantés à une distance moindre que la distance légale avaient existé pendant trente années, le propriétaire aurait acquis par prescription le droit de les maintenir [17]. La prescription court de la plantation [18], et lorsqu'il s'agit d'arbres provenus de semis ou excrus de vieilles souches, du jour où leur existence est devenue visible et publique [19].

Le propriétaire qui a acquis par prescription le droit de maintenir des arbres qui ne se trouvent point à la distance légale, n'est pas pour cela autorisé à les remplacer dans le cas où ils viendraient à périr ou à être abattus [20].

[16] Pardessus, *op. cit.*, I, 195. Garnier, *Des actions possessoires*, p. 227. Demolombe, XI, 498. Req. rej., 20 mars 1828, Sir., 28, 1, 354. Civ. cass., 5 mars 1850, Sir., 50, 1, 377.

[17] Toullier et Duvergier, III, 514. Duranton, V, 390. Pardessus, *op. et loc. citt.* Proudhon, *De l'usufruit*, VI, 2989. Vazeille, *De la prescription*, I, 118. Troplong, *De la prescription*, I, 346, Solon, *op. cit.*, nº 244. Demolombe, XI, 499. Req. rej., 27 décembre 1820, Sir., 22, 1, 410. Amiens, 21 décembre 1821, Sir., 22, 2, 297. Req. rej., 9 juin 1825, Sir., 26, 1, 176. Toulouse, 29 décembre 1826, Sir., 27, 2, 210. Bourges, 16 novembre 1830, Dalloz, 1832, 2, 210. Civ. rej., 29 mars 1332, Sir., 32, 1, 323. Req. rej., 25 mars 1842, Sir., 42, 1, 733. Req. rej., 13 mars 1850, Sir., 50, 1, 385.

[18] Duranton, Troplong et Demolombe, *opp. et locc. citt.* Civ. rej., 29 mars 1832, Sir., 32, 1, 323. Cpr. cep. Bourges, 16 novembre 1830, Sir., 31, 2, 152.

[19] On a voulu soutenir que la prescription ne court, pour les baliveaux poussés sur taillis, que du jour où ils ont été réservés comme tels, lors de la coupe des taillis. C'est avec raison que cette prétention, évidemment inadmissible, a été rejetée par la jurisprudence. Civ. cass., 13 mars 1850, Sir., 50, 1, 385. En sens inverse, on a essayé de faire admettre, pour les arbres excrus de vieilles souches ravalées au niveau du sol, que la prescription remonte à l'existence de ces souches elles-mêmes, de telle sorte que le propriétaire serait autorisé à maintenir les arbres provenant de ces souches, alors même qu'ils auraient moins de trente ans. Cette thèse a été également, et à bon droit, repoussée par la Cour de cassation, puisque de pareils arbres sont en réalité des arbres nouveaux. Civ. rej., 22 décembre 1857, Sir., 58, 1, 361. Civ. cass., 25 mars 1862, Sir., 62, 1, 470. Cpr. Civ. rej., 28 novembre 1853, Sir., 53, 1, 37.

[20] La servitude qu'exerce sur l'héritage voisin, le propriétaire dont les arbres sont placés à une distance moindre que la distance légale, s'attache de sa nature, plutôt aux arbres eux-mêmes, qu'au fonds dans lequel ils se trouvent. Ces arbres, en effet, ne sont pas seulement le moyen par lequel la servitude se ma-

Du reste, le droit de maintenir des arbres à une distance moindre que la distance légale peut également être établi, comme servitude active, par titre et même par destination du père de famille [21].

Quant à la faculté de remplacer de pareils arbres, elle ne peut résulter que d'un titre, et non de la destination du père de famille [22].

b. Le propriétaire sur le fonds duquel s'étendent les branches des arbres du voisin, peut contraindre ce dernier à couper ces branches. Il est de plus autorisé à couper lui-même les racines qui s'avancent dans son fonds. Art. 672, al. 1 et 2. Il en est ainsi, dans le cas même où il s'agirait d'arbres placés à la distance lé-

nifeste et se réalise, mais ils en forment directement le sujet actif. Il en résulte que le propriétaire, en acquérant par prescription le droit de conserver ces mêmes arbres, n'acquiert cependant pas, pour son fonds, le droit d'avoir des arbres quelconques à une distance moindre que la distance légale. Cette solution se fortifie encore par cette double considération, que l'existence des arbres est nécessairement temporaire, et que, comme êtres organisés, ils ne sont pas susceptibles d'être identiquement remplacés. Enfin, elle a été formellement consacrée, pour les arbres de lisière des forêts, par le second alinéa de l'art. 176 de l'ordonnance réglementaire du Code forestier. Duranton, V, 391. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 308. Solon, *Des servitudes*, n° 245. Garnier, *Des actions possessoires*, p 233. Benech, *Des justices de paix*, p. 282. Curasson, *Compétence des juges de paix*, II, p. 485. Carou, *Des actions possessoires*, n° 135. Marcadé, sur l'art. 671. Rennes, 19 juin 1838, Sir., 38, 2, 526. Bourges, 8 décembre 1841, Sir., 42, 2, 453. Douai, 14 avril 1845, Sir., 45, 2, 305. Caen, 22 juillet 1845, Sir., 46, 2, 609. Civ. rej., 28 novembre 1853, Sir., 54, 1, 37. Voy. en sens contraire : Pardessus, *Des servitudes*, I, 195 ; Favard, *Rép.*, v. Servitude, sect. II, § 2 ; Vazeille, *Des prescriptions*, I, 429 ; Tardif, sur Fournel, *Du voisinage*, I, p. 127 ; Taulier, II, p. 402 ; Zachariæ, § 241, note 3. — M. Demolombe (XI, 501), qui admet également en principe l'opinion émise au texte, y apporte cependant une exception pour les arbres d'allées ou d'avenues. Bien que les raisons invoquées pour justifier cette exception ne soient pas sans force, nous la regardons cependant comme très-contestable, puisque ces raisons semblent militer avec tout autant de force pour les arbres de lisière des forêts, à l'égard desquels la question a cependant été résolue, dans le sens de l'effet restreint de la prescription, par l'article précité de l'ordonnance réglementaire du Code forestier.

[21] Demolombe, XI, 502. Rennes, 3 juillet 1813. Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 336. Cette solution, qui n'a pas été contredite, nous paraît fournir une nouvelle preuve de l'inexactitude du point de vue où l'on se place, en considérant comme une servitude légale la prohibition établie par l'art. 671, puisque la destination du père de famille ne se comprend que comme mode d'acquisition, et non comme mode de libération des servitudes.

[22] Duranton, V, 391. Demolombe, XI, 502. Paris, 28 août 1825, Sir., 26, 2, 21. Civ. rej., 28 novembre 1853, Sir., 54, 1, 37.

gale [23], ou d'arbres placés à une distance moindre et que le voisin aurait le droit de maintenir [24].

Ces dispositions s'étendent, sauf la modification temporaire établie par l'art. 150 du Code forestier, aux arbres de lisière des forêts appartenant soit à des particuliers soit à l'État [25].

L'application de ces dispositions ne saurait, d'ailleurs, être écartée sur le fondement d'anciens usages contraires, encore qu'il fût question d'arbres existant déjà lors de la promulgation du Code [26].

Le propriétaire d'un arbre ne peut acquérir par prescription le droit de conserver les branches qui s'étendent sur le fonds voisin, ou les racines qui s'y avancent [27], à moins que, par une contradiction formelle opposée au droit du voisin, il n'ait purgé sa possession des vices dont elle se trouvait entachée, et n'ait donné à la prescription un point de départ certain [28]. Mais le droit dont s'agit, qui est évidemment susceptible d'être établi par un titre

[23] Demolombe, XI, 506.

[24] Pardessus, *op. cit.*, I, 196. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 309. Demolombe, XI, 507. Paris, 16 février 1824, Sir., 25, 2. 25. Req. rej., 16 juillet 1835, Sir., 35, 1, 799. Bourges, 4 juin 1845, Sir., 45, 2, 479. Limoges, 2 avril 1846, Sir., 46, 2, 372. Voy. cep. Duranton, V, 396 à 399.

[25] Ordonnance réglementaire du Code forestier, art. 176. Taulier, II, p. 405. Demante, *Cours*, II, 527 *bis*, III. Demolombe, XI, 505.

[26] Duranton, V, 395. Pardessus, *op. cit.*, I, 196. Garnier, *Des actions possessoires*, p. 234. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 309. Demolombe, XI, 504. Civ. cass., 31 décembre 1810, Sir., 11, 1, 81.

[27] L'accroissement des branches ou des racines d'un arbre, étant l'œuvre de la nature seule, ne constitue pas de la part du propriétaire de cet arbre un fait de possession assez caractérisé pour fonder l'usucapion. D'un autre côté, l'abstention du voisin qui n'a pas fait usage de la faculté que lui accorde l'art. 672, ne doit être considérée que comme l'effet d'une simple tolérance. Enfin, l'extension des branches et des racines sur le fonds voisin n'ayant lieu que d'une manière successive, il ne serait pas possible de fixer d'une manière certaine le point de départ de la prescription. Pardessus, *op. cit.*, I, 196 et 197. Proudhon et Curasson, *Des droits d'usage*, II, 572 et 573. Duranton, V, 398. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 119. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 309. Marcadé, sur l'art. 672. Demante, *Cours*, II, 527 *bis*, II. Demolombe, XI, 509 et 511. Paris, 16 février 1824, Sir., 25, 2, 25. Req. rej., 16 juillet 1835, Sir., 35, 1, 799. Bourges, 4 juin 1845, Sir., 45, 2, 479. Limoges, 2 avril 1846, Sir., 46, 2, 372. M. Troplong (*De la prescription*, I, 355) se prononce pour l'opinion énoncée au texte en ce qui concerne les racines, à raison de la clandestinité de la possession. Mais il est d'avis contraire quant aux branches (I, 347.)

[28] Demante, *op. et loc. citt.* Demolombe, XI, 510.

exprès, pourrait aussi, par interprétation d'un acte de vente ou de partage, être considéré comme ayant été tacitement concédé [29].

Les actions relatives à la distance à observer pour les plantations d'arbres et celles qui concernent leur élagage, sont de la compétence des juges de paix, lorsqu'il ne s'élève entre les parties aucune question de propriété ou de servitude [30].

§ 198.

4. *De la distance à observer, et des ouvrages intermédiaires à établir, pour empêcher que certains travaux ou dépôts faits dans un fonds deviennent dommageables aux fonds voisins.*

L'art. 674 impose à celui qui veut creuser dans son fonds un puits ou une fosse d'aisance [1], y construire une cheminée, un âtre, un fourneau, ou une forge, y établir une étable, un dépôt de sel ou autres matières corrosives, l'obligation de laisser entre ces excavations, constructions, ou dépôts et le mur qui sépare son fonds de l'héritage voisin, la distance prescrite par les règlements et usages sur la matière, ou du moins de faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages pour éviter d'endommager ce mur.

Il en est ainsi, que le mur exposé à être endommagé appartienne exclusivement au voisin, ou qu'il soit mitoyen. Mais la disposition de l'art. 674 n'est plus applicable, lorsque ce mur est la propriété exclusive de celui qui veut faire les travaux ou dépôts dont il est parlé dans cet article [2].

[29] Duranton, V, 399. — Suivant Proudhon (*Du domaine privé*, II, 583) et M. Demolombe (XI, 508), le droit de conserver les branches ou les racines qui s'étendent sur ou dans le fonds voisin, pourrait résulter, comme servitude principale, de la destination du père de famille. Mais nous ne voyons pas que les conditions requises pour la destination du père de famille ressortent de ce fait seul que le propriétaire de l'arbre a laissé prendre à ses branches ou racines un développement plus ou moins prononcé. Req. rej., 16 juillet 1835, Sir., 35, 1, 799.

[30] Loi du 25 mars 1838, art. 5, nº 2; art. 6, nº 2. Cpr. Civ. rej. 13 mars 1850, Sir., 50, 1, 385.

[1] La disposition de l'art. 674 s'applique-t-elle aux tuyaux de chute de fosses d'aisance, comme à ces fosses elles-mêmes? Cpr. Req. rej., 7 novembre 1849, Sir., 50, 1, 18.

[2] C'est ce qui ressort de l'ensemble de l'art. 674 et de l'*Exposé de motifs* présenté par Berlier (Locré, *Lég.*, VIII, p. 373, nº 13). Solon, *Des servitudes*, nº 273. Demante, *Cours*, II, 529 *bis*, I. Demolombe, XI, 516. Voy. en sens

L'énumération donnée par l'art. 674 des travaux ou dépôts de nature à causer dommage à un mur, et par suite à motiver des mesures destinées à prévenir ce dommage, n'est pas limitative. Les tribunaux devraient donc, dans le cas même où il s'agirait d'entreprises non spécialement rappelées dans l'article précité, par exemple, d'un aqueduc, d'un puisard, ou d'un amas de terres jectisses, susceptibles de causer dommage à un mur, ordonner l'exécution des mesures préventives établies pour ces hypothèses par les règlements et usages [3].

Le Code n'ayant pas maintenu l'autorité des anciens usages destinés à prévenir les dommages qui pourraient être causés, non plus à un mur, mais à toute autre partie d'un fonds voisin, ces usages ont cessé d'être obligatoires, et les tribunaux ne peuvent plus les appliquer comme ayant force de loi.

Cependant on doit reconnaître aux juges saisis d'une action par laquelle le propriétaire d'un fonds provoque des mesures destinées à prévenir un dommage dont ce fonds se trouve menacé par une entreprise quelconque d'un propriétaire voisin, le pouvoir d'examiner en fait, si le danger allégué est sérieux et imminent, et, en cas d'affirmative, d'ordonner l'exécution des mesures préventives établies par les anciens usages, ou de prescrire telles autres mesures de cette nature qu'ils jugeraient convenables [4].

C'est ainsi que les anciens usages sur la distance à observer pour le creusement des fossés ne sont plus obligatoires comme tels, et que le propriétaire qui veut en établir n'est plus en principe légalement tenu d'observer cette distance [5]. Mais il appartiendrait toujours aux tribunaux, en constatant l'imminence d'éboulements de terre que devrait causer dans le fonds voisin un fossé

contraire : Delvincourt, I, part. II, p. 403; Pardessus, I, 200. Cpr. aussi Riom, 14 novembre 1842, Sir., 43, 2, 7. — Il est toutefois à remarquer que la proposition énoncée au texte ne s'applique qu'aux mesures de précaution prescrites dans le seul intérêt privé des voisins. Cpr. texte et note 7 *infra*.

[3] Cpr. Coutume de Paris, art. 192. Pardessus, *Des servitudes*, I, 199. Duranton, V, 402. Taulier, II, p. 408 et 409. Solon, *op. cit.*, nos 262 et suiv. Demante, *Cours*, II, 529 *bis*, II. Demolombe, XI, 520 et 521.

[4] Pardessus, *op. et loc. citt.*, Bordeaux, 18 mai 1849, Sir., 50, 2, 183. Cpr. § 448, texte et note 10; Besançon, 31 août 1844, Sir., 45, 2, 625.

[5] Duranton, V, 364. Daviel, *Des cours d'eau*, II, 859. Demante, *Cours*, II, 525. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 304. Voy. en sens contraire : Pardessus, *op. cit.*, I, 186; Demolombe, XI, 464. Cpr. aussi Proudhon, *Du domaine privé*, II, 589; Req. rej., 3 janvier 1854, Sir., 54, 1, 119.

établi sur une ligne trop rapprochée de ce fonds, d'en ordonner le reculement à la distance fixée par les anciens usages [6].

Au nombre des mesures préventives prescrites par les règlements auxquels renvoie l'art. 674, il en est qui ne sont pas seulement exigées dans l'intérêt privé des voisins, mais qui le sont encore dans un intérêt public de sûreté et de salubrité. Telles sont, par exemple, celles qui concernent la construction des cheminées, des forges ou des âtres, et l'établissement des fosses d'aisance.

A la différence des mesures de la première espèce, celles de la seconde doivent être observées, alors même que le mur près duquel de pareils travaux seraient établis, appartiendrait exclusivement au constructeur [7].

On peut par titre, par destination du père de famille, ou par la prescription trentenaire, acquérir le droit de maintenir des travaux ou dépôts qui auraient été établis sans l'observation des précautions uniquement prescrites dans l'intérêt privé des voisins; mais on ne pourrait, par aucune convention, ni par aucun laps de temps, s'affranchir de l'obligation d'observer les mesures imposées dans un intérêt public [8].

Du reste, si, malgré l'observation des mesures préventives déterminées par les réglements et usages, ou ordonnées par les tribunaux, le voisin venait à éprouver un dommage quelconque, il lui en serait toujours dû réparation, conformément aux art. 1382 et 1383 [9].

[6] Toullier, II, 227. Duranton, *loc. cit.* Cpr. Civ. rej., 11 avril 1848, Sir., 48, 1, 395; Civ. rej., 3 juillet 1849, Sir., 49, 1, 624. Ces deux arrêts, il importe de le remarquer, ne décident pas que les anciens usages sur la distance à observer dans le creusement d'un fossé sont légalement obligatoires. Ils se bornent, d'une part, à reconnaître aux tribunaux la faculté de les appliquer, comme indiquant la mesure la plus équitable pour prévenir tout éboulement de terre dans le fonds voisin, et, d'autre part, à déclarer que l'existence de pareils usages donne lieu à la présomption de fait que le propriétaire d'un fossé l'est également du franc bord ou de la répare. Cpr. § 192, texte et note 14.

[7] Demolombe, XI, 515.

[8] Voy. sur ces diverses propositions : Pardessus, *op. cit.*, I, 201; Vazeille, *Des prescriptions*, I, 117; Troplong, *De la prescription*, I, 139, p. 204; Demante, II, 529 *bis*, III; Marcadé, sur l'art. 674, n° 2; Taulier, II, 409; Demolombe, *loc. cit.*; Bordeaux, 18 mai 1858, Sir., 59, 2, 177.

[9] Delvincourt, I, part. II, p. 402. Toullier, III, 332. Pardessus, *op. et loc. citt.* Solon, *Des servitudes*, n° 250. Marcadé, *loc. cit.* Taulier, II, p. 410. Demolombe, XI, 524.

Les actions relatives aux constructions et travaux énoncés dans l'art. 674 sont de la compétence des juges de paix, lorsque la propriété ou la mitoyenneté du mur n'est pas contestée[10]. Loi du 28 mai 1838, art. 6, n° 3.

III. *Des obligations légales imposées aux propriétaires de fonds contigus, dans leur intérêt réciproque.*

§ 199.

1. *Du bornage*[1].

Tout propriétaire d'un fonds de terre peut contraindre son voisin à procéder au bornage, à frais communs, de leurs héritages contigus. Art. 646. Cette opération se fait au moyen de la plantation de pierres-bornes, ou autres signes de délimitation, admis comme tels par les usages locaux.

Lorsque les limites des deux héritages sont incertaines, ou lorsque la ligne qui les sépare actuellement est contestée par l'un des voisins, comme étant le résultat d'une anticipation, il est au préalable nécessaire de rechercher ou de fixer les limites réelles des deux fonds contigus, soit à l'aide de signes matériels, de plans ou autres documents[2], soit au moyen d'un arpentage, c'est-à-dire du mesurage de la contenance totale de ces fonds, et de la répartition de cette contenance suivant les titres communs ou respectifs des parties[3]. Or, comme il est possible, et qu'il arrive même fréquemment que ce que l'un des voisins possède en moins soit détenu en plus, non par son voisin immédiat, mais par des arrières-

[10] Cpr. Req. rej., 13 novembre 1860, Sir., 61, 1, 855.

[1] Cpr. sur cette matière : *Traité des actions possessoires et du bornage*, par Curasson, Paris, 1842, 1 vol. in-8°; *Traité du bornage*, par Millet, 2e édit., 1847, 1 vol. in-8°.

[2] Req. rej., 19 mars 1850, Sir., 52, 1, 646. Metz, 8 décembre 1857, Sir., 58, 2, 537.

[3] Dans cette hypothèse, l'action en bornage est celle qu'en Droit romain on appelait *actio finium regundorum* (D. 10, 1. C. 3, 39). Cpr. sur le développement historique de cette action, dont certains détails sont encore aujourd'hui fort obscurs : Puchta, *Instit.*, III, § 234.

voisins, l'exécution de l'opération dont il vient d'être parlé peut nécessiter la mise en cause de ces derniers jusqu'au point où il existe des limites certaines et reconnues, et s'étendre ainsi à tous les fonds compris dans une même subdivision de finage (*canton*, *tenement*, *lieu dit*.....). Que si les limites de deux cantons étaient elles-mêmes incertaines, il y aurait lieu de les fixer au préalable contradictoirement avec tous les intéressés.

Bien que l'action en bornage formée par un voisin qui se plaint d'anticipations commises à son préjudice, tende à obtenir des restitutions de terrain, elle ne perd pas pour cela son caractère propre, et ne dégénère pas en action en revendication. Elle constitue toujours de sa nature un *judicium duplex*, c'est-à-dire une de ces actions dans lesquelles chacune des parties est à la fois demanderesse et défenderesse, et doit par conséquent faire preuve de son droit [4].

L'action en bornage est recevable, non-seulement lorsque les héritages contigus consistent tous deux en fonds de terre, mais encore lorsque l'un d'eux est surbâti, et même dans le cas où deux bâtiments sont séparés par un terrain libre de constructions. Elle ne cesse de l'être qu'entre propriétaires de bâtiments qui se touchent [5].

En règle, l'action en bornage suppose la contiguité des fonds pour la délimitation desquels elle est formée.

Ainsi, elle n'est point admise entre propriétaires dont les fonds sont séparés par un cours d'eau ou par un chemin public [6]. Mais elle serait recevable si les deux fonds n'étaient séparés que par un sentier privé, un fossé, ou un autre ouvrage qui n'empêcherait pas leur contiguité [7].

Si l'action en bornage n'est en général admise qu'entre propriétaire d'héritages contigus, rien n'empêche cependant que le demandeur, en assignant ses voisins immédiats, n'assigne en même temps les arrières-voisins dont le concours serait nécessaire à l'opération qu'il provoque, et, à plus forte raison, ces derniers

[4] Cpr. L. 1, D. *fin. reg.* (10, 1). L. 3, C. *fin. reg.* (8, 39). Req. rej., 17 mars 1850, Sir., 50, 1, 646. Rej. rej., 29 juillet 1856, Sir., 57, 1, 655.

[5] L. 2, *proe.*, L. 10, § 4, D. *fin. reg.* (10, 1). Cpr. Pardessus, *Des servitudes*, I, 117; Demolombe, XI, 264 et 268.

[6] L. 4, § 11, D. *fin. reg.* (10, 1). Pardessus, *op. cit.*, I, 118. Demolombe, XI, 266.

[7] Pardessus et Demolombe, *locc. citt.*

peuvent-ils être mis en cause sur la réquisition des défendeurs. Ils pourraient même l'être d'office [8].

L'action en bornage peut être formée par le propriétaire, sans qu'il soit tenu de justifier de sa propriété autrement que par la présomption attachée à sa possession [9]. Cette action compète également à l'usufruitier et à l'usager [10]; mais elle n'appartient ni au fermier [11], ni au créancier sur antichrèse [12].

La capacité requise pour former une action en bornage se détermine par une distinction entre le cas où la ligne séparative des deux héritages étant certaine et reconnue, elle tend seulement à la plantation de pierres-bornes, et le cas où les limites étant incertaines ou contestées, cette action a pour objet principal de les faire déterminer, et de régler ainsi l'étendue et l'assiette des droits de propriété des parties. Au premier cas, l'exercice de l'action en bornage n'est qu'un acte d'administration et de conservation; et cette action peut par conséquent être formée par le tuteur, sans l'autorisation du conseil de famille, par le mari, comme administrateur des biens de sa femme, et par le mineur émancipé, sans l'assistance de son curateur. Au second cas, au contraire, l'action en bornage tendant au règlement définitif de droits immobiliers, elle ne peut être exercée par le tuteur qu'avec l'auto-

[8] Cpr. sur ces différentes propositions : Toullier, III, 178; Curasson, nº 50; Millet, p. 150; Demolombe, XI, 267; Douai, 2 juillet et 11 novembre 1842, Sir., 43, 2, 408; Req. rej., 20 juin 1855, Sir., 57, 1, 733; Req. rej., 9 novembre 1857, Sir., 58, 1, 229.

[9] Pothier, *De la société*, nº 232. Merlin, *Rép.*, vº Bornage, nº 3. Duranton, V, 253. Demolombe, XI, 259. Montpellier, 14 janvier 1842, Sir., 42, 2, 119. Voy. cependant Pardessus, *op. cit.*, II, 331.

[10] Pardessus, *op. cit.*, II, 332. Duranton, V, 257. Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1243. Marcadé, sur l'art. 646, nº 1. Demolombe, XI, 256 et 257. — Il est bien entendu que le défendeur, assigné en bornage par un usufruitier ou un usager, est autorisé à mettre en cause le nu-propriétaire, auquel ne serait pas opposable un bornage opéré sans son concours. Bordeaux, 23 juin 1836, Sir., 37, 1, 37.

[11] Toullier, III, 181. Solon, *Des servitudes*, nº 59. Taulier, II, p. 372. Millet, p. 128. Demante, *Cours*, II, 500 *bis*. Demolombe, XI, 258.

[12] D'après M. Demolombe (XI, 257), qui se fonde sur la loi 4, § 9, D. *fin. reg.* (10, 1), l'action en bornage pourrait être formée par le créancier sur antichrèse. La loi précitée accorde, il est vrai, l'action *finium regundorum* au créancier nanti d'un gage; mais, en invoquant cette loi, notre savant collègue paraît avoir perdu de vue que, d'après les principes du Droit romain, le créancier gagiste avait un droit réel, et jouissait des interdits possessoires, tandis qu'en Droit français, le créancier sur antichrèse n'a qu'un droit personnel, et ne jouit même pas de l'action possessoire. *Quid* de l'emphytéote? Voy. § 224 *bis*.

torisation du conseil de famille, par le mineur émancipé qu'avec l'assistance de son curateur, et le mari est sans qualité pour la former au nom de sa femme [13], à moins qu'il ne s'agisse de biens dotaux [14].

L'action en bornage peut être formée contre l'État, les départements, les communes ou les établissements publics, pour les fonds dépendant de leur domaine privé [15]. Cependant la délimitation générale des bois soumis au régime forestier forme l'objet de règles spéciales établies par les art. 8 à 14 du Code forestier, et par les art. 57 à 66 de l'ordonnance réglementaire de ce Code.

Quant à la délimitation des fonds qui dépendent du domaine public, elle rentre dans les attributions exclusives de l'administration et de la juridiction administrative [16].

L'action en bornage est imprescriptible en ce sens que, quel que soit le laps de temps pendant lequel deux fonds contigus sont restés sans être abornés, le bornage peut toujours en être de-

[13] Une autre distinction a été proposée par M. Demolombe (XI, 260 et 261), qui reconnaît au tuteur et au mari le pouvoir de former l'action en bornage, alors même que les limites sont incertaines, pourvu qu'il ne s'élève aucune contestation sur la propriété et sur les titres qui l'établissent, les règles qui fixent la compétence du juge de paix devant, suivant lui, servir également à déterminer la capacité de ces administrateurs. Mais l'idée que le législateur de 1838, en étendant la compétence des juges de paix et en leur attribuant la connaissance des actions en bornage, aurait du même coup étendu les pouvoirs du tuteur et du mari quant à l'exercice de pareilles actions, est, à notre avis, peu juridique. D'ailleurs, notre savant collègue ne paraît pas avoir lui-même une grande confiance dans l'argument qu'il tire de la compétence du juge de paix, puisqu'il ne croit pas pouvoir accorder au mineur émancipé la faculté d'exercer l'action en bornage sans l'assistance de son curateur. Quant aux autres auteurs, ils soumettent le tuteur à la nécessité d'obtenir l'autorisation du conseil de famille pour former l'action en bornage, et refusent au mari le pouvoir de l'exercer au nom de la femme, sans s'expliquer spécialement sur le cas où la demande tendrait uniquement à la plantation de pierres-bornes. Voy. Delvincourt, I, part. II, p. 386 ; Carou, *Des actions possessoires*, n° 498 ; Solon, *Des servitudes*, n° 59 ; Curasson, *De la compétence des juges de paix*, II, p. 443 ; Millet, p. 134 et suiv.; Taulier, II, p. 372.

[14] Cpr. § 535, texte n° 1, notes 5 et 6. — Il est également à remarquer que, sous tout autre régime, le mari est, en son nom personnel, autorisé à intenter l'action en bornage, pour les biens de la femme dont il a l'usufruit. Cpr. § 509, texte n° 3, et note 20.

[15] Demolombe, XI, 263. Douai, 26 mars 1844, Sir., 45, 2, 294.

[16] Pardessus, *Des servitudes*, I, 118. Foucart, *Droit administratif*, II, 794. Demolombe, *loc. cit.*, Merville, *De la délimitation des cours d'eau navigables*, *Revue pratique*, 1861, XII, p. 225.

mandé [17]. Seulement, le voisin qui aurait possédé pendant trente années une étendue de terrain certaine et délimitée au moyen de signes apparents et invariables [18], pourrait, alors même que la contenance de ce terrain serait supérieure à celle que lui attribuent ses titres, s'opposer à toute opération préalable de mesurage, et demander que les pierres-bornes soient plantées sur la ligne indiquée par ces signes [19]. Mais les parties contre lesquelles une pareille opération est provoquée, ne sont point fondées à y résister, en se prévalant d'une simple possession annale, et ce dans le cas même où cette possession réunirait les caractères qui viennent d'être indiqués [20].

Du reste, et sauf l'effet de la prescription trentenaire en ce qui concerne l'opération de mesurage, l'existence d'un mur ou de toute autre clôture, même fixe et invariable, ne saurait être opposée comme fin de non-recevoir à une demande en bornage. Il en est de même de l'existence de signes de délimitation qui ne seraient pas reconnus comme tels par les usages locaux [21].

Le bornage se fait à frais communs. Art. 646. L'application de cette règle nécessite cependant quelques distinctions. Les frais

[17] Arg. art. 2232. Cpr. § 772, texte nº 2. Delvincourt, I, part. II, p. 386. Toullier, III, 170. Pardessus, *op. cit.*, I, 130. Duranton, V, 245. Troplong, *De la prescription*, I, 119. Solon, *Des servitudes*, nº 57. Demolombe, XI, 241.

[18] Il s'élève souvent dans la pratique des difficultés sur le point de savoir si une haie vive, un talus, un ravin forment des signes de délimitation certains et invariables. Nous croyons qu'en thèse générale, et à moins de circonstances particulières, on ne doit pas leur reconnaître ce caractère.

[19] Rien n'empêche, en effet, qu'on ne prescrive au delà de son titre. Cpr. § 217, texte et note 3. Pothier, *De la société*, nº 133. Pardessus, *loc. cit.*, I, 124. Demolombe, XI, 272. Orléans, 25 août 1816, Sir., 18, 2, 104. Civ. cass., 30 novembre 1818, Sir., 19, 1, 232. Metz, 19 avril 1822, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 59.

[20] Il a été jugé qu'en pareil cas il ne peut y avoir lieu qu'à une action en revendication, et non à une action en bornage. Besançon, 10 mars 1828, Dalloz, 1828, 2, 215. Voy. aussi Duranton, V, 260. Mais cette décision nous paraît contraire à la double idée, que l'action en bornage est toujours recevable, lorsque deux fonds contigus ne sont pas séparés par des pierres-bornes, ou autres signes de délimitation admis comme tels par les usages locaux, et que, d'après le caractère propre de cette action, *quæ pro rei vindicatione est*, elle tend virtuellement à la restitution des anticipations commises par le défendeur, sans que le demandeur soit tenu de les établir autrement que par le résultat même de l'arpentage. Demolombe, XI, 268. Voy. aussi les arrêts cités à la note précédente.

[21] Duranton, V, 259. Millet, p. 176 à 180. Demolombe, *loc. cit.* Civ. cass., 30 décembre 1818, Sir., 19, 1, 232.

relatifs à la fourniture et à la plantation des pierres-bornes se partagent par moitié entre les propriétaires des fonds sur la ligne séparative desquels elles se trouvent placées. Les frais concernant l'arpentage se répartissent entre les propriétaires des fonds qui y ont été soumis proportionnellement à la contenance respective de ces fonds [22]. Quant aux frais des contestations soulevées à l'occasion du bornage, ils doivent être supportés par la partie qui succombe [23]. Code de procédure, art. 130. Il n'en est cependant pas nécessairement ainsi des frais du jugement qui, à défaut de consentement de l'un des intéressés à un bornage amiable, a ordonné qu'il serait procédé à cette opération par un expert désigné à cet effet [24].

Le procès-verbal constatant un abornement forme un titre définitif pour les contenances et les limites assignées à chacun des intéressés, lorsqu'il a été revêtu de leurs signatures, ou que, sur le refus de l'un d'eux de le signer, il a été homologué en justice [25].

Le jugement qui a déclaré exécutoire un procès-verbal d'abornement, ne peut être attaqué que par les voies de recours auxquelles, de droit commun, les jugements sont soumis; mais il peut l'être pour toute espèce de griefs. Lorsque le procès-verbal a été signé par les parties, l'opération d'abornement peut être attaquée pour toutes les causes qui permettent en général de revenir contre une convention; mais elle ne peut l'être que pour ces causes [26].

Si les bornes plantées en conformité d'un procès-verbal signé

[22] Suivant certains auteurs, tous les frais devraient être partagés par moitié. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 277. Marcadé, sur l'art. 646, n° 3. Suivant d'autres, ils devraient tous être supportés proportionnellement. Taulier, II, p. 374. Millet, p. 356 et suiv. La distinction que nous avons admise, nous semble conforme à l'équité, et n'est pas contraire au texte de l'art. 646. Pardessus, *op. cit.*, I, 129. Demolombe, XI, 276.

[23] Pardessus, *op. et loc. citt.* Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.* Taulier, *loc. cit.* Demolombe, XI, 277.

[24] Les auteurs cités à la note précédente n'indiquent pas cette restriction, et M. Demolombe paraît même la repousser. Cependant il est telles circonstances où il serait difficile de ne pas l'admettre. Ainsi, celui qui refuserait de concourir à un arpentage amiable par le motif que l'expert proposé pour y procéder ne lui convient pas, ne saurait être considéré comme ayant injustement résisté au bornage.

[25] Cpr. Duranton, V, 260; Demolombe, XI, 279; Req. rej., 5 mars 1855, Sir., 55, 1, 731.

[26] Cpr. Duranton, *loc. cit.*; Pardessus, *op. cit.*, n^os 125, 129 et 130; Taulier, II, 373; Demolombe, XI, 280; Douai, 21 février 1848, Sir., 48, 2, 523.

par les parties, ou homologué en justice, venaient à disparaître [27], chacun des intéressés pourrait demander qu'il en fût placé de nouvelles, d'après les bases et suivant les indications de ce procès-verbal, et serait par conséquent fondé à résister à une demande de nouvel arpentage [28]. Toutefois, le procès-verbal d'abornement n'aurait plus aucune valeur, s'il s'était écoulé plus de trente ans depuis la disparition des pierres-bornes [29]. D'un autre côté, dans le cas même où les pierres-bornes subsisteraient encore, les effets du procès-verbal constatant leur plantation pourraient également se trouver anéantis, par une possession trentenaire dans des limites différentes de celles qui s'y trouvent indiquées [30].

Aux termes de l'art. 6, n° 2, de la loi du 25 mai 1838, les actions en bornage sont de la compétence des juges de paix, lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés.

Le juge de paix est compétent pour connaître de l'action en bornage, non-seulement lorsqu'elle tend à la plantation de pierres-bornes sur des limites certaines et reconnues, mais encore dans le cas où, les limites étant incertaines ou contestées, il s'agit de les

[27] Il ne faut pas confondre avec une simple disparition des pierres-bornes, qui serait le résultat d'un accident ou d'un événement de la nature, l'enlèvement ou le déplacement volontaire de ces signes de délimitation. Ce dernier fait peut donner lieu, non-seulement à la demande dont il est parlé au texte, mais encore à une action possessoire, et même, suivant les cas, à une poursuite correctionnelle. Cpr. Code de procédure, art. 3, n° 2; Code pénal, art. 456. Civ. cass., 8 avril 1854, Sir., 54, 1, 341.

[28] Req. rej., 11 août 1851, Sir., 52, 1, 645.

[29] L'action résultant de la convention ou du jugement qui ratifie ou qui homologue un bornage, s'éteint, comme toute autre action, par le laps de trente années, à partir du moment où, les pierres-bornes ayant disparu, la convention ou le jugement a cessé d'avoir son cours. Les parties se trouvent alors par la force des choses replacées au même état où elles se trouveraient s'il n'y avait jamais eu de bornage, aucune d'elles ne pouvant prétendre que leur possession respective soit restée conforme au procès-verbal de délimitation.

[30] Les idées développées à la note précédente s'appliquent *a fortiori* à l'hypothèse actuelle, puisque les effets du bornage doivent nécessairement disparaître devant une possession contraire continuée pendant trente ans. MM. Pardessus (*op. cit.*, I, 130) et Demolombe (XI, 281) semblent même admettre qu'un nouveau bornage peut être demandé, par cela seul qu'il s'est écoulé trente années depuis la plantation des pierres-bornes. Si telle était effectivement leur manière de voir, nous ne saurions y donner notre adhésion. Lorsque les pierres-bornes placées depuis plus de trente années existent encore, et qu'on n'allègue pas une possession contraire à ces signes de délimitation, la convention ou le jugement qui a sanctionné le bornage, ayant continué de recevoir son exécution, conserve par cela même toute sa force.

faire déterminer au moyen d'un arpentage, et peu importe que cette opération doive avoir pour résultat l'attribution à chacune des parties de la contenance portée dans ses titres, ou la répartition proportionnelle entre elles d'un déficit ou d'un excédant de la contenance réelle du terrain, comparée à celle qui se trouve indiquée dans les titres [31]. Le juge de paix ne cesse même pas d'être compétent, et il n'y a pas contestation sur la propriété dans le sens de la disposition précitée, encore que l'une des parties invoque, pour résister à l'arpentage, la présomption de propriété attachée à sa possession annale dans des limites apparentes et invariables [32].

Mais il y aurait contestation sur la propriété ou sur les titres qui l'établissent, et par suite le juge de paix ne serait plus compétent pour statuer sur l'action en bornage dans les hypothèses suivantes :

a. Lorsque l'une des parties prétend que le déficit ou l'excédant de contenance, au lieu d'être réparti proportionnellement, doit être supporté, ou être attribué, par tel, ou à tel héritage [33].

b. Lorsque l'une des parties s'oppose à l'arpentage, en se fondant sur une possession trentenaire dans des limites apparentes et invariables [34].

c. Lorsque le titre de l'une des parties est contesté par le motif que son auteur n'était pas propriétaire de toute la contenance portée dans ce titre, et n'a pas pu la lui transmettre.

d. Lorsqu'il s'élève des difficultés sur l'interprétation et l'application des titres des parties, en ce que l'une d'elles prétend que l'arpentage doit être restreint à leurs propriétés respectives,

[31] Req. rej., 19 novembre 1845, Sir., 46, 1, 457. Req. rej., 19 juillet 1852, Sir., 52, 1, 641. Civ. cass., 27 février 1860, Sir., 60, 1, 561. Civ. rej., 6 août 1860, Sir., 60, 1, 954.

[32] Cette proposition n'est qu'une conséquence des idées indiquées texte et note 20 *supra*. Dès qu'on admet que le défendeur ne peut pas, en invoquant sa possession annale, résister à une demande d'arpentage, il n'est plus possible de considérer cette exception comme engageant, au point de vue de la compétence du juge de paix, une contestation sur la propriété. Millet, p. 285. Demolombe, XI, 251. Req. rej., 19 novembre 1845, Sir., 46, 1, 457.

[33] C'est ce qui peut avoir lieu lorsque, l'un des fonds dont l'arpentage est provoqué se trouvant riverain d'un cours d'eau, il s'est produit des érosions ou des alluvions.

[34] Benech, *Des justices de paix*, p. 274 *in fine*. Millet, p. 282. Demolombe, XI, 250. Douai, 19 janvier 1848, Sir., 49, 2, 154. Civ. cass., 18 mai 1859, Sir., 60, 1, 49. Civ. cass., 8 août 1859, Sir., 60, 1, 56.

tandis que l'autre soutient qu'il doit porter sur un périmètre plus étendu, et comprendre des fonds appartenant à des propriétaires qui ne sont pas en cause [35].

e. Lorsque, en l'absence de titres, la contestation porte sur la contenance à laquelle chacune des parties a droit [36].

Le juge de paix devant lequel on élève une contestation sur la propriété ou les titres de l'une des parties, n'a point, en général, à en apprécier le mérite, et doit se déclarer incompétent à raison de cette contestation même. Toutefois, si elle ne reposait que sur des allégations tellement vagues ou irrelevantes qu'elle ne présentât aucun caractère sérieux, le juge de paix serait autorisé à ne pas s'y arrêter [37].

En cas de contestation sérieuse sur la propriété ou sur les titres qui l'établissent, le juge de paix est, même d'office, tenu de se déclarer incompétent; et il ne doit pas se borner à prononcer un sursis jusqu'à la décision de la contestation par les juges appelés à en connaître [38]. Le même devoir incombe au tribunal d'appel, bien que la cause d'incompétence ne se soit produite que devant lui [39].

§ 200.

2. *De la clôture forcée.*

Tout propriétaire d'une maison, d'une cour, d'un jardin, ou de tout autre terrain formant dépendance d'un héritage de cette na-

[35] Civ. cass., 22 juin 1859, Sir., 60, 1, 58. Civ. cass., 27 novembre 1860, Sir., 61, 1, 317.

[36] Demolombe, XI, 252. Req. rej., 1er février 1842, Sir., 42, 1, 99.

[37] Admettre le contraire, ce serait donner aux plaideurs le moyen de rendre illusoire la compétence attribuée aux juges de paix en matière de bornage. Millet, p. 305. Demolombe, XI, 253. Req. rej., 28 mars 1855, Sir., 55, 1, 729. Civ. rej., 16 mai 1860, Sir., 61, 1, 159. Voy. cep. Civ. cass., 12 avril 1843, Sir., 43, 1, 288.

[38] La compétence tout exceptionnelle attribuée aux juges de paix en fait de bornage étant subordonnée à la condition qu'il ne s'élève aucune contestation sur la propriété ou sur les titres qui l'établissent, il en résulte que, dans le cas contraire, cette compétence cesse d'une manière complète. Carou, *Juridiction des juges de paix*, I, 499. Curasson, *Compétence des juges de paix*, II, p. 456. Joccotton, *Des actions civiles*, nº 370. Civ. cass., 8 août 1859, Sir., 60, 1, 49 et 56. Civ. cass., 24 juillet 1860, Sir., 60, 1, 897. Voy. en sens contraire: Benech, *Des justices de paix*, p. 275; Millet, p. 500.

[39] Voy. les arrêts cités à la note précédente.

ture [1], peut contraindre son voisin à contribuer à la construction et à l'entretien d'un mur destiné à servir de clôture à leurs héritages contigus, lorsqu'ils sont situés dans l'enceinte ou dans le faubourg d'une ville. Art. 663.

Notre législation n'ayant pas déterminé les caractères d'après lesquels on peut distinguer les villes des communes auxquelles cette qualification doit être refusée, il appartient aux tribunaux, en l'absence d'actes administratifs, rangeant expressément ou implicitement parmi les villes les communes au sujet desquelles la difficulté serait soulevée, de la résoudre d'après les circonstances locales, et notamment d'après le chiffre de la population, la nature des constructions, les occupations et les habitudes de la généralité des habitants [2]. C'est également, à défaut d'actes administratifs, aux tribunaux à décider, pour l'application de l'art. 663, si une agglomération d'habitations situées hors de l'enceinte d'une ville, constitue un faubourg de cette ville, et jusqu'où s'étend tel ou tel faubourg [3].

La disposition de l'art. 663, principalement établie dans un intérêt privé de voisinage, ne saurait être considérée comme étant d'ordre public. Rien n'empêche donc que les voisins ne renoncent respectivement, ou l'un au profit de l'autre, à la faculté que leur accorde cet article [4].

[1] D'après l'esprit de la loi, l'indication des fonds auxquels s'applique la disposition de l'art. 663, ne saurait être considérée comme limitative. Pardessus, *Des servitudes*, I, 148. Toullier et Duvergier, III, 165. Demante, *Cours*, II, 517 *bis*, III. Demolombe, XI, 382. Civ. cass., 27 novembre 1827, Sir., 28, 1, 122. Civ. cass., 14 mai 1828, Sir., 28, 1, 308. Limoges, 26 mai 1838, Sir., 39, 2, 139.

[2] Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 296. Demolombe, XI, 380. Voy. cep. Delvincourt, I, part. II, p. 392; Pardessus, *op. cit.*, I, 147; Duranton, V, 319, à la note.

[3] Demolombe, XI, 380 *bis*. Voy. cep. Duranton, *loc. cit.*

[4] Toullier, III, 162. Voy. en sens contraire : Demolombe, XI, 378. Si la disposition de l'art. 663 était d'ordre public, comme l'enseigne ce dernier auteur, on ne comprendrait pas que le Conseil d'État eût formellement reconnu aux propriétaires voisins la faculté de ne donner au mur de clôture qu'une hauteur inférieure à celle que fixe cet article. Cpr. texte et note 11 *infra*. Les motifs sur lesquels se fonde notre savant collègue, tombent d'ailleurs devant cette simple considération, que celui qui a renoncé au bénéfice de l'article précité, conserve toujours la faculté de se clore, et qu'ainsi sa renonciation ne porte en définitive que sur un droit d'intérêt pécuniaire. Enfin, d'après le système que nous combattons, il faudrait aller jusqu'à dire que, dans les villes et faubourgs où la clôture est forcée, les voisins ne pourraient pas constituer, l'un au profit de l'autre,

D'un autre côté, le voisin requis de contribuer, soit à l'entretien, soit même à la construction d'un mur de clôture, peut s'affranchir de cette obligation, en cédant la moitié du terrain sur lequel ce mur est ou doit être assis, et en renonçant, le cas échéant, à la mitoyenneté [5].

des servitudes qui les obligeraient à laisser leurs fonds ouverts. Or c'est là une conséquence qui ne nous paraît pas acceptable.

[5] L'opinion émise au texte se fonde sur l'art. 656 et sur les explications données au Conseil d'État lors de la discussion de l'art. 663, correspondant à l'art. 25 du projet. Berlier ayant fait remarquer « que l'art. 25 deviendrait d'une exécu-« tion plus facile, si on y exprimait que le propriétaire, interpellé de contribuer « à la clôture, peut s'en dispenser en renonçant à la mitoyenneté et en cédant la « moitié de la place sur laquelle le mur doit être construit», Tronchet lui répondit *que cette modification était exprimée dans l'art. 18* du projet, correspondant à l'art. 656 du Code (Locré, *Lég.*, VIII, p. 344 et 345, nº 2). Il résulte bien clairement de cette réponse, qui a clos le débat sur ce point, que l'on a entendu laisser au voisin, requis de contribuer à la clôture en vertu de l'art. 663, le moyen de se soustraire à cette obligation, en usant de la faculté accordée par l'art. 656. Pour écarter cette conclusion, M. Demolombe dit qu'au moment où a eu lieu la discussion qui vient d'être rappelée, l'art. 663 n'existait pas encore, et qu'aucune disposition du projet n'imposait aux propriétaires, dans les villes, l'obligation de se clore. Cette objection repose sur une supposition qui n'est pas complétement exacte. L'obligation de contribuer à la clôture, quoique non formellement exprimée par l'art. 25 du projet, s'y trouvait cependant virtuellement renfermée, et le changement de rédaction que cet article a subi, n'a eu d'autre but que de l'énoncer d'une manière positive. Ce qui le prouve, c'est l'observation même de Berlier, qui n'aurait eu aucun sens, si cet article n'avait pas été compris comme imposant implicitement à chacun des voisins l'obligation de contribuer à la clôture. C'est donc avec raison, selon nous, que, malgré l'opposition d'un grand nombre d'auteurs, la jurisprudence persiste dans l'opinion que nous avons admise. Voy. dans ce sens : Maleville, sur l'art. 663 ; Toullier, III, 218 ; Favard, *Rép.*, vº Servitude, sect. II, § 4, nº 4 ; Marcadé, sur l'art. 663, nº 2 ; Carou, *Des actions possessoires*, nº 102 ; Civ. rej., 29 décembre 1819, Sir., 20, 1, 166 ; Civ. cass., 5 mars 1828, Sir., 28, 1, 292 ; Toulouse, 7 janvier 1834, Sir., 34, 2, 364 ; Douai, 5 février 1840, Sir., 40, 2, 203 ; Angers, 22 mars 1847, Sir., 47, 2, 435 ; Bordeaux, 14 juin 1855, Sir., 55, 2, 460 ; Paris, 14 novembre 1860, Sir., 61, 2, 127. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, part. II, p. 400 ; Duranton, V, 319 ; Pardessus, *op cit.*, I, 149 et 168 ; II, p. 371, note *d*. Taulier, II, p. 394 ; Solon, *Des servitudes*, nºs 178 et 222 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 297; Demante, *Cours*, II, 517 *bis*, I ; Demolombe, XI, 379 ; Angers, 23 avril 1819, Sir., 20, 2, 203 ; Paris, 29 juillet 1823, Sir., 23, 2, 334 ; Amiens, 15 août 1838, Sir., 39, 2, 157; Amiens, 12 décembre 1861, Sir., 62, 2, 231. Voy. aussi Bordeaux, 7 décembre 1827, Sir., 28, 2, 103. Cet arrêt, distinguant entre la première construction d'un mur de clôture, et la réparation ou la réédification de ce mur, restreint à cette dernière hypothèse l'application de l'art. 656, et soumet la première à celle de l'art. 663. Mais cette distinction a été généralement re-

Du reste, celui qui, dans une localité où la clôture est forcée, a construit, sur son terrain et à ses frais, un mur de clôture, ne serait pas admis à réclamer du voisin, le remboursement de la moitié de sa valeur et du terrain sur lequel il est assis[6].

La loi n'indique pas la nature des matériaux qui doivent être employés à la construction du mur; elle s'en est remise à cet égard à l'usage des différentes localités. Mais un mur en pierres sèches, sans aucune liaison de mortier ou de plâtre, ne remplirait pas le vœu de l'art. 663. A plus forte raison, en serait-il ainsi de simples clôtures en haies ou en palissades[7].

Le Code a maintenu, quant à la hauteur des murs de clôture, les règlements particuliers et les usages constants et reconnus, existant lors de sa promulgation. A défaut de pareils règlements ou usages, il a fixé la hauteur des murs qu'il s'agirait de construire ou de rétablir à l'avenir[8], à trente-deux décimètres dans les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, et à vingt-six décimètres dans les autres.

Lorsque, les deux héritages n'étant pas de niveau, il est impossible de construire un mur de clôture qui présente la même élévation des deux côtés, chacun des voisins a le droit d'exiger

poussée, comme incompatible avec les termes de ces articles, qui, l'un et l'autre, assimilent complétement les deux hypothèses.

[6] La proposition énoncée au texte est contraire à l'opinion commune, que nous avions nous-mêmes adoptée dans nos premières éditions. Voy. Delvincourt, I, part. II, p. 392; Duranton, V, 323; Pardessus, *op. cit.*, I, 152; Taulier, II, p. 394; Demolombe, XI, 386. Mais, après nouvel examen de la question, nous regardons comme préférable le sentiment de Pothier (*De la société*, nº 354), qui fait observer avec raison que, si la loi autorise chacun des voisins à réclamer de l'autre la construction à frais communs d'un mur de clôture, elle ne donne pas pour cela à celui des voisins qui a construit un pareil mur, le droit de forcer l'autre à en acquérir la mitoyenneté. Cette manière de voir nous paraît d'ailleurs une conséquence naturelle de celle que nous avons admise et développée à la note précédente. Voy. en ce sens : Toullier, III, 198.

[7] Delvincourt, I, part. II, p. 392. Duranton, V, 182. Pardessus, *op. cit.*, I, 149. Demante, *Cours*, II, 517 *bis*, IV. Demolombe, XI, 381. Amiens, 15 août 1838, Sir., 39, 2, 157. Cpr. aussi Angers, 23 avril 1819, Sir., 20, 2, 203; Civ. cass., 15 décembre 1857, Sir., 58, 1, 271; Req. rej., 1er février 1860, Sir., 60, 1, 973. Voy. cep. Toullier, III, 167.

[8] Lorsqu'il existe entre deux héritages un mur de clôture, construit avant la promulgation du Code, dont la hauteur est inférieure à celle qu'indique l'art. 663, aucun des voisins n'est autorisé à demander, tant qu'il n'y aura pas nécessité de le reconstruire, qu'il soit porté à la hauteur réglementaire. Pardessus, *op. cit.*, I, 151. Demolombe, XI, 383.

que le mur ait, à partir du sol le plus élevé, la hauteur réglementaire [9]. Cette partie supérieure se fait à frais communs ; quant à la partie inférieure, les frais en restent à la charge de celui des voisins qui, par des travaux exécutés dans son fonds, aurait rendu nécessaire la construction d'un mur de soutènement [10].

Du reste, si les voisins sont d'accord à cet égard, ils peuvent donner à la clôture la hauteur qu'ils jugent convenable, fût-elle au-dessous de celle qui est fixée par la loi [11].

CHAPITRE III.

Des manières d'acquérir la propriété.

I. *De l'occupation.*

§ 201.

L'occupation est un moyen d'acquérir la propriété d'une chose, par le seul fait de l'appréhension de cette chose dans l'intention de se l'approprier [1].

Ce moyen d'acquérir s'applique, suivant diverses distinctions qui seront ci-après indiquées : 1° aux *res nullius* et aux *res derelictæ* (*occupatio pagana*) ; 2° au butin fait sur l'ennemi (*occupatio bellica*) ; 3° au trésor et à certaines épaves (*inventio*).

1° *De l'occupation proprement dite.*

Nous nous bornerons à renvoyer au § 168 pour l'indication des *res nullius* et des *res derelictæ* susceptibles d'être acquises par l'occupation proprement dite.

Parmi les différents faits d'appréhension au moyen desquels s'acquièrent les *res nullius*, il importe de mentionner spécialement la chasse et la pêche.

[9] Pardessus, *op. cit.*, I, 150. Demolombe, XI, 384. Caen, 13 mai 1837, Sir., 37, 2, 333. Voy. cep. Demante, *Cours*, II, 517 *bis*, V.

[10] Cpr. en sens divers : Toullier, III, 162, à la note ; Pardessus, *op. et loc. citt.* ; Duranton, V, n° 319, p. 330, à la note ; Marcadé, sur l'art. 663, n° 1 ; Demante, *op. et loc. citt.* ; Demolombe, XI, 384 *bis*.

[11] C'est ce qui a été formellement reconnu dans la discussion au Conseil d'État. (Locré, *Lég.*, VIII, p. 343 et suiv., n^os^ 21 à 23.) Voy. cep. Demolombe, XI, 378 et 383 *bis*.

[1] Voy. sur ce qu'il faut entendre par appréhension : § 179, texte n° 1.

a. La chasse est un moyen d'acquérir par occupation les animaux sauvages vivant dans leur état de liberté naturelle (*in laxitate naturali*). Ce moyen d'acquérir ne s'applique pas aux animaux de nature sauvage vivant dans une sorte de domesticité, en ce qu'ils ont l'habitude de revenir à un gîte fixe, par exemple aux pigeons de colombiers, qui appartiennent au propriétaire du colombier dans lequel ils ont l'habitude de se retirer [2].

La loi des 28 septembre - 6 octobre 1791 règle d'une manière particulière le droit d'occupation en ce qui concerne les essaims d'abeilles. Aux termes de l'art. 5, tit. I, sect. III, de cette loi, le propriétaire du fonds sur lequel vient s'abattre un essaim est autorisé à s'en emparer, lorsque le propriétaire des abeilles ne les poursuit pas.

La faculté de chasser sur un fonds ne peut être exercée d'une manière licite que par le propriétaire ou l'usufruitier [3] de ce fonds, et par ceux auxquels ces derniers auraient cédé leur droit de chasse.

D'un autre côté, la faculté de chasser est soumise à certaines conditions ou restrictions établies, soit par mesure de police, soit dans l'intérêt de l'agriculture et de la conservation du gibier. Art. 715. Loi du 3 mai 1844, sur la police de la chasse, art. 1er.

Mais la circonstance qu'un fait de chasse a été exercé soit sur le terrain d'autrui, soit en contravention aux règles dont il vient d'être parlé, n'empêche pas que le chasseur ne devienne propriétaire du gibier qu'il a tué [4], sauf les dommages-intérêts dus à celui au préjudice duquel le fait de chasse a eu lieu, et sauf aussi la confiscation du gibier, lorsque ce fait a été commis en temps prohibé [5].

[2] Art. 524 et 564. Cpr. Civ. rej., 28 janvier 1824, Sir., 24, 1, 259 ; Rennes, 29 octobre 1847, Dalloz, 1849, 2, 225 ; Paris, 11 novembre 1857, Sir., 58, 2, 173. — Il convient toutefois de remarquer que tout propriétaire est en droit de tuer sur son terrain les pigeons qu'il y trouve aux époques où, d'après les règlements locaux, ils doivent être enfermés dans les colombiers, et même, en l'absence de règlements, lorsqu'ils causent des dommages aux semences ou aux récoltes. Loi des 4 août - 11 septembre 1789, art. 2. Demolombe, X, 180. Crim. rej., 1er août 1829, Sir., 29, 1, 369. Rouen, 14 janvier 1845, Sir., 45, 2, 236.

[3] L. 9, § 3, D. *de usuf.* (7, 1). Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1209.

[4] Cette circonstance, en effet, n'enlève pas au gibier le caractère de *res nullius*. § 12, *Inst. de rer. div.* (2, 1). Pothier, *De la propriété*, nº 24. Toullier, IV, 7. Duranton, IV, 279 et 283. Proudhon, *Du domaine privé*, I, 386. Demante, *Cours*, III, 11 *bis*, III. Demolombe, XIII, 23. Cpr. Crim. cass., 17 juillet 1840, Sir., 40, 1, 732.

[5] Loi du 5 mai 1844, art. 4, art. 16, al. 5.

L'occupation par un fait de chasse ne peut être considérée comme consommée que par l'appréhension du gibier. Un tiers qui se serait emparé du gibier blessé par un chasseur, ne serait pas tenu de le lui restituer [6].

b. La pêche est libre dans la mer et dans les fleuves ou rivières qui s'y jettent, jusqu'aux limites de l'inscription maritime [7], en ce sens qu'elle ne s'exerce pas au profit de l'État, et que toute personne peut s'y livrer, à la condition d'observer les lois et règlements qui en règlent l'exercice [8]. La pêche maritime comprend non-seulement celle du poisson, mais encore celle des choses du cru de la mer, comme l'ambre, le corail [9] et les herbes marines, telles que le varech ou goëmon [10], et l'algue [11]. Il est toutefois à remarquer que les choses de cette nature rentrent dans la catégorie des épaves, lorsqu'elles sont jetées sur la grève, et que, d'un autre côté, la récolte du goëmon de rive est attribuée, d'une manière exclusive, aux communautés d'habitants riveraines de la mer [12].

[6] § 13, *Inst. de rer. div.* (2, 1). Duranton, IV, 278. Demolombe, XIII, 25. Voy. cep. Proudhon, *Du domaine privé*, I, 386.

[7] Ce sont les limites de l'inscription maritime qui déterminent, pour les fleuves et rivières affluant à la mer, le point où cesse la pêche maritime et où commence la pêche fluviale. Cpr. Loi du 15 avril 1829, art. 3, al. 2; Ordonnance du 10 juillet 1835; Décret du 20 février 1852, art. 1.

[8] Ordonnance de 1681, liv. V, tit. I, art. 1. Cpr. Décret sur l'exercice de la pêche côtière, du 9 janvier 1852; Décrets portant règlement sur la pêche côtière dans le premier, le second, le troisième et le quatrième arrondissement maritimes, en date du 4 juillet 1853 (Bulletin des lois, partie supplémentaire, série XI, B. 35, nº 623); Décret portant règlement sur la pêche côtière dans le cinquième arrondissement maritime, du 19 novembre 1859 (*op. cit.*, série XI, B. 617, nº 9222). Les quatre décrets réglementaires du 4 juillet 1853 ont reçu de nombreuses modifications par suite de décrets postérieurs, dont l'indication se trouve dans le *Recueil des lois et arrêts*, Sir., 60, 3, 24.

[9] Voy. sur la pêche du corail : Ordonnance de 1681, liv. IV, tit. IX, art. 29; Arrêté du 27 nivôse an IX; Loi du 17 floréal an X; Ordonnance du 9 novembre 1844.

[10] Les dispositions du tit. X, liv. IV de l'ordonnance de 1681, sur la coupe du varech ou goëmon, ont été abrogées par l'art. 24 du décret du 9 janvier 1852. Cette matière est aujourd'hui réglée par les quatre décrets du 4 juillet 1853, cités à la note 8 *supra.*

[11] La récolte de l'algue est régie par les art. 78 à 82 du décret du 18 novembre 1859, cité à la note 8 *supra.*

[12] Voy. sur les épaves du cru de la mer : texte nº 3, notes 36 et 37 *infra.* Voy. sur le goëmon de rive : § 170, texte et note 16.

Le droit de pêche s'exerce au profit de l'État dans les fleuves, rivières, canaux, contre-fossés et dépendances, navigables ou flottables, avec bâteaux, trains ou radeaux, et dont l'entretien est à la charge de l'État ou de ses ayants cause. Les particuliers ne peuvent y pêcher qu'à la ligne flottante et tenue à la main, à moins d'avoir obtenu une licence ou d'être adjudicataires de la pêche.

Dans les rivières et canaux autres que ceux ci-dessus désignés, les propriétaires riverains ont le droit de pêche, chacun de leur côté, jusqu'au milieu du cours de l'eau, sans préjudice des droits contraires établis par possession ou titre [13]. La faculté accordée à toute personne de pêcher à la ligne flottante, tenue à la main, ne s'applique ni aux rivières dans lesquelles le droit de pêcher appartient aux riverains, ni aux canaux qui forment une propriété privée [14].

Du reste, la pêche dans des cours d'eau quelconques ne peut s'exercer que conformément aux dispositions établies pour la conservation et la police de la pêche.

Le poisson pêché en délit, dans un cours d'eau quelconque, n'en devient pas moins la propriété du pêcheur qui s'en est emparé [15], sauf la restitution du prix de ce poisson à celui auquel appartient le droit de pêche, et le paiement des dommages-intérêts qui peuvent lui être dus, et sauf aussi, s'il y échet, la confiscation du poisson [16].

La pêche dans les lacs et étangs appartient aux propriétaires de ces eaux, et la soustraction du poisson qui s'y trouve constitue le délit de vol [17].

2° *De l'occupation par fait de guerre.*

On acquiert par occupation le butin fait sur l'ennemi, conformément au Droit de la guerre, tel qu'il est pratiqué d'après nos usages, lorsqu'il s'agit d'une guerre sur terre.

Quant aux prises maritimes, les conditions et les effets en sont

[13] Voy. sur ces différentes propositions : Loi du 15 avril 1829, art. 1, 2, 5, al. 3, 11 et suiv. ; Loi du 6 juin 1840.

[14] C'est ce qui ressort du rapprochement des art. 1 et 2 de la loi du 15 avril 1829, et de l'art. 5, al. 3 de la même loi. Crim. cass., 4 juillet 1846, Sir., 47, 1, 72.

[15] Cpr. Proudhon, *Du domaine privé*, I, 368. Voy. cep. Demolombe, XIII, 29.

[16] Cpr. art. 5 et 42 de la loi du 15 avril 1829.

[17] Code Napoléon, art. 524. Code pénal, art. 388, al. 2.

réglés par des lois spéciales et par des conventions internationales [18].

3° *De l'invention.*

a. *Du trésor.* La loi attribue à l'inventeur la moitié du trésor découvert par le pur effet du hasard, l'autre moitié restant au propriétaire de la chose dans laquelle il a été trouvé. Art. 716 [19].

On entend par trésor, tout objet caché ou enfoui [20] dans un immeuble ou dans un meuble [21], et de la propriété duquel personne ne peut justifier. Art. 716. La circonstance que la chose cachée ou enfouie se trouverait être de création plus ou moins récente, n'empêcherait pas que cette chose ne constituât un trésor, si d'ailleurs personne n'était à même de justifier de sa propriété [22].

On doit considérer comme inventeur celui qui, le premier, a rendu le trésor visible, bien qu'il ne l'ait pas appréhendé, qu'il ne l'ait rendu visible qu'en partie, ou que même il n'ait pas tout

[18] Cpr. Ordonnance de 1681, liv. III, tit. IX et X; Règlement du 26 juillet 1778; Arrêté du 2 prairial an XI; Décret impérial du 28 avril 1856, portant promulgation de la déclaration du 16 avril 1856, qui règle divers points de Droit maritime; Bravard, *Manuel de Droit commercial*, liv. II, chap. XV, p. 537 et suiv.

[19] Cpr. sur cet article : *Dissertation*, par Latour, *Revue de législation*, 1852, II, p. 40 et suiv., 1853, I, p. 277 et suiv.

[20] Les tombeaux antiques et les objets précieux qui s'y trouvent peuvent-ils être considérés comme des trésors? Cpr. Latour, *op. cit.*, 1852, II, p. 53; Demolombe, XIII, 37; Bordeaux, 6 août 1806, Sir., 6, 2, 175; Lyon, 19 février 1856, Sir., 56, 2, 307.

[21] La définition que le second alinéa de l'art. 716 donne du trésor, n'en restreint pas l'idée aux choses cachées dans un fonds de terre ou dans un bâtiment. Quoique le premier alinéa de cet article ne paraisse avoir en vue qu'un objet trouvé dans un immeuble, il n'en est pas moins applicable à l'hypothèse plus rare d'un trésor découvert dans un meuble : *Eadem est ratio.* Duranton, IV, 311. Marcadé, sur l'art. 716, n° 2. Demolombe, XIII, 34.

[22] La loi 31, § 1, D. *de acq. rer. dom.* (41, 1), définit le trésor : *Vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non exstat memoria.* Cette définition est exacte, sans doute, en ce sens qu'une chose cachée ou enfouie ne prend réellement le caractère de trésor qu'autant que personne ne peut justifier de la propriété de cette chose, ce qui ne se rencontre d'ordinaire que pour les dépôts anciens. Mais on aurait tort d'en inférer qu'un dépôt de date plus ou moins récente ne constituerait pas un trésor, dans le cas même où, par suite de circonstances exceptionnelles, personne ne serait en état d'établir son droit de propriété sur l'objet déposé. Aussi l'art. 716 ne rappelle-t-il pas la condition de l'ancienneté du dépôt. Duranton, IV, 311. Proudhon, *Du domaine privé*, I, 398. Demolombe, XIII, 40. Cpr. Toullier, IV, 36; Bordeaux, 22 février 1827, Dalloz, 1827, 2, 104; Orléans, 6 septembre 1853, Sir., 56, 2, 54.

d'abord reconnu que ce fût un trésor [23]. Si un trésor avait été trouvé dans le cours de travaux auxquels plusieurs ouvriers étaient employés en commun, la moitié de ce trésor reviendrait exclusivement à celui qui l'a mis à découvert [24].

Le bénéfice de l'invention, qui ne s'exerce que sur les trésors dont la découverte est due au hasard, ne peut être invoqué ni par l'ouvrier que le propriétaire d'un fonds a chargé d'y faire des fouilles ayant pour objet la recherche d'un trésor [25], ni par le tiers qui, dans le même but, aurait fait des perquisitions non autorisées par le propriétaire [26]. Dans l'une et l'autre de ces hypothèses, le trésor appartient en totalité à ce dernier. Art. 552.

Mais l'ouvrier travaillant sur le fonds d'autrui a droit à la moitié du trésor qu'il a découvert sans avoir été spécialement chargé de le rechercher [27], alors même que le propriétaire de ce fonds lui aurait recommandé de porter son attention sur les objets précieux qui pourraient s'y trouver [28]. La même solution s'appliquerait au tiers qui aurait découvert un trésor sur le fonds d'autrui, à l'occasion de travaux entrepris sans le consentement du propriétaire, mais dans tout autre but que celui de la recherche d'un trésor [29].

Du reste, l'inventeur qui a tenté de s'approprier la totalité du trésor, en en cachant la découverte au propriétaire du fonds dans lequel il a été trouvé, n'est pas pour ce seul fait privé de la moitié à laquelle il a droit [30].

[23] Delvincourt, II, part. II, p. 5. Demante, *Cours*, II, 12 *bis*. Demolombe, XIII, 54. Bruxelles, 15 mars 1810, Sir., 10, 2, 230.

[24] Demolombe, XIII, 55. Angers, 25 mai 1849, Sir., 49, 2, 375.

[25] Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, IV, 316. Demante, *Cours*, II, 12 *bis*, XI. Marcadé, sur l'art. 716, n° 1. Demolombe, XIII, 50. Orléans, 10 février 1842, Sir., 42, 2, 455.

[26] Arg. art. 716. Pothier, *De la propriété*, n° 65. Duranton, IV, 317. Demolombe, XIII, 51. — La solution donnée au texte serait, à notre avis, applicable même au cas où les fouilles, tendant à la recherche d'un trésor, auraient été faites par un possesseur de bonne foi. Ce possesseur devrait, sur l'action en revendication du fonds dans lequel le trésor a été trouvé, le restituer intégralement au véritable propriétaire de ce fonds. Il ne pourrait pas en retenir la moitié à titre d'invention, puisque la découverte du trésor n'a pas été l'effet du hasard, et que sa qualité de possesseur de bonne foi ne change pas la nature du fait qui a amené cette découverte. Voy. en sens contraire : Demolombe, XIII, 53.

[27] Duranton, IV, 315. Demolombe, XIII, 50. Bruxelles, 15 mars 1810, Sir., 10, 2, 230. Paris, 25 décembre 1825, Dalloz, 1826, 2, 235.

[28] Rouen, 3 janvier 1853, Sir., 53, 2, 335.

[29] Demolombe, XIII, 52. Voy. cep. Toullier, IV, 35.

[30] Demolombe, XIII, 49, Rouen, 3 janvier 1853, Sir., 53, 2, 335. Mais l'in-

Celui qui se prétend propriétaire d'un objet caché ou enfoui, qu'on aurait indûment considéré comme un trésor, est admis à justifier de sa propriété par témoins, et même à l'aide de simples présomptions [31]. Son action en restitution contre ceux qui se sont approprié le prétendu trésor, ne se prescrit que par trente années à dater du jour de la découverte [32].

b. *Des épaves.* Le mot *épaves* désignait, dans notre ancien Droit, toute espèce de choses perdues ou égarées [33]. On l'avait même étendu à certaines choses du cru de la mer, telles que l'ambre, le corail, le goëmon et l'algue, en tant que ces objets se trouvaient jetés sur la grève par les flots; et c'est dans le même sens que les décrets relatifs à la pêche côtière ont employé les expressions *goëmons* ou *algues épaves*.

D'après l'art. 717, les droits sur les effets jetés à la mer, sur les objets que la mer rejette, et sur les choses perdues dont le maître ne se représente pas, sont réglés par des lois particulières.

L'ordonnance de la marine de 1681 et les décrets sur la pêche côtière, cités à la note 8 de ce paragraphe, règlent d'une manière complète le sort des épaves maritimes.

---

venteur pourrait, en pareil cas, être poursuivi comme coupable de vol, si les circonstances dénotaient de sa part une intention frauduleuse concomitante à la découverte même du trésor. Demolombe, *loc. cit.* Rouen, 12 février 1825, Dalloz, 1827, 2, 56. Crim. cass., 18 mai 1827, Sir., 27, 1, 491. Cpr. Crim. cass., 2 août 1816, Sir., 17, 1, 52. Voy. en sens contraire : Carnot, *Commentaire sur le Code pénal*, sur l'art. 379, nº 16; Rauter, *Droit criminel*, II, 507.

[31] Cpr. § 762, texte et note 7. Toullier, IV, 36. Duranton, IV, 311. Demolombe, XIII, 39. Riom, 26 février 1810, Sir., 14, 2, 102. Amiens, 19 janvier 1826, Sir., 27, 2, 161. Bordeaux, 22 février 1827, Sir., 27, 2, 119.

[32] On reconnaît généralement que la maxime *En fait de meubles, possession vaut titre*, ne peut être invoquée par celui qui a pris possession d'une chose cachée ou enfouie, de la propriété de laquelle un tiers est à même de justifier. Il ne s'agit point ici, en effet, d'une véritable revendication, mais bien d'nne action personnelle en restitution, fondée sur l'inefficacité du prétendu titre en vertu duquel le possesseur de cette chose s'est cru autorisé à s'en attribuer la propriété. Et cette action, à laquelle ne s'applique ni le délai de trois ans établi par l'art. 2279, ni la prescription décennale de l'art. 1304, n'est par cela même soumise qu'à la prescription de trente ans. Demolombe, XIII, 38 *bis*.

[33] On fait ordinairement dériver le mot *épaves* du verbe *expavescere*, étymologie qui en restreindrait la signification primitive aux animaux effrayés et errants dont le propriétaire était inconnu. Voy. Ferrière, *Dictionnaire de Droit*, vº Épaves; de Laurière, *Glossaire du Droit français*, *eod. vº*.

Celles de ces épaves qui n'appartiennent pas en totalité à l'État[34], ou sont attribuées à l'inventeur d'une manière exclusive, ou se partagent entre l'État et ce dernier dans la proportion des deux tiers au tiers.

Dans la première catégorie se trouvent : les ancres tirées du fond de la mer ; les vêtements des naufragés [35] ; et les herbes marines détachées par les flots et jetées sur la grève [36].

Dans la seconde catégorie figurent : les effets naufragés, trouvés en pleine mer ou tirés de son fond, autres toutefois que les ancres ; l'argent, les bijoux ou effets précieux trouvés sur les cadavres des naufragés ; les choses du cru de la mer en dehors des herbes marines, comme l'ambre, le corail, les poissons à lard, lorsqu'elles sont trouvées sur la grève [37].

Les épaves fluviales, c'est-à-dire les objets trouvés sur les bords ou dans le lit des fleuves ou rivières navigables ou flottables, appartenant entièrement à l'État, nous n'avons pas à nous en occuper ici [38].

Quant aux objets trouvés dans les cours d'eau qui ne forment pas des dépendances du domaine public, on les comprend parmi les épaves terrestres.

Différentes lois spéciales, qui ont été indiquées au § 170, confèrent à l'État la propriété : des objets restés déposés dans les greffes des tribunaux, dans les lazarets, et dans les bureaux des douanes ; des colis confiés à des entrepreneurs de roulage ou de messageries ; enfin des sommes versées dans les caisses des agents des postes, et des valeurs déposées ou trouvées dans les boîtes ou guichets des bureaux de poste ; lorsque ces objets, colis, sommes ou valeurs n'ont pas été réclamés dans les délais à ce fixés.

Mais il n'existe pas de disposition législative concernant les autres espèces d'épaves terrestres, et notamment les choses perdues proprement dites. De cet état de la législation, on doit inférer que ces épaves appartiennent à l'inventeur, sous la réserve de l'action en restitution, qui reste ouverte au propriétaire [39].

[34] Voy. sur les épaves maritimes dont la propriété est attribuée d'une manière exclusive à l'État : § 170, texte et note 14.

[35] Ordonnance de 1681, liv. IV, tit. IX, art. 28 et 35.

[36] Voy. les décrets réglementaires cités à la note 8 *supra*. Cpr. aussi note 10 *supra*.

[37] Ordonnance de 1681, liv. IV, tit. IX, art. 27, 29 et 36.

[38] Cpr. sur les épaves fluviales : § 170, texte et note 12.

[39] Les épaves terrestres appartenaient autrefois aux seigneurs haut-justiciers,

Ceux qui trouvent des choses perdues ne sont même pas légalement tenus d'en faire la déclaration[40]; et le seul fait de les avoir gardées sans accomplir cette formalité, ne constitue pas un vol[41].

soit pour la totalité, suivant la majeure partie des coutumes, soit, d'après quelques autres, pour les deux tiers seulement, le troisième tiers se trouvant réservé à l'inventeur. L'art. 7, tit. I, de la loi des 13-20 avril 1791 enleva le droit d'épave aux ci-devant seigneurs, sans toutefois indiquer à qui appartiendraient à l'avenir les choses trouvées. Dans l'opinion de Proudhon (*Du domaine privé*, I, 417), le sort des épaves terrestres devrait encore actuellement être réglé par les anciennes coutumes; elles appartiendraient ainsi, soit pour la totalité, soit pour les deux tiers, à l'État, qui se trouve aujourd'hui substitué aux droits des anciens seigneurs. Mais l'argument que cet auteur tire du second alinéa de l'art. 717 ne nous paraît pas admissible, puisque, en se référant à des lois particulières, cet article n'a pu avoir en vue d'anciennes coutumes dont les dispositions, en ce qui concerne le droit d'épave, avaient été précédemment abrogées. Suivant une autre opinion, professée par Merlin (*Rép.*, v° Épaves), et Favard (*Rép.*, v° Propriété, sect. I, n° 11), qui se fondent sur l'art. 3 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790 et sur les art. 539 et 713 du Code Napoléon, les épaves appartiendraient toujours en totalité à l'État, comme biens vacants et sans maître. Cpr. aussi : Arrêt en Conseil d'État du 5 janvier 1821, Sir., 21, 2, 70. Cette manière de voir est, à notre avis, en opposition formelle avec le second alinéa de l'art. 717, qui n'aurait aucun sens si la propriété des choses perdues devait, en vertu des art. 539 et 713, être attribuée à l'État. D'ailleurs, les choses perdues ne rentrent pas sous l'idée de biens vacants et sans maître, puisque le propriétaire a une action pour les réclamer, et que nul ne peut se les attribuer que provisoirement et sous la réserve de cette action. L'opinion émise au texte a été consacrée par une décision du ministre des finances, en date du 3 août 1825 (Sir., 26, 2, 2), comme la plus conforme à l'équité et au véritable intérêt du propriétaire. Voy. également dans ce sens : Delvincourt, II, part. II, p. 6; Garnier, *Traité des rivières*, I, 143 à 145; Duranton, IV, 325 et 326; Taulier, II, p. 183; Marcadé, sur l'art. 717, n° 2; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 394; Boucher d'Argis, *Observations*, Sir., 56, 2, 54; Demolombe, XIII, 71.

[40] Les dispositions des coutumes qui imposaient aux inventeurs l'obligation de déclarer et de remettre aux officiers de police ou de justice les objets par eux trouvés, étant abrogées, et nos lois nouvelles ne les ayant pas reproduites, il faut reconnaître qu'il n'incombe à ce sujet aux inventeurs qu'un devoir moral de probité. Demolombe, XIII, 73. Cependant dans les villes où l'administration a pris des mesures pour le dépôt et la publication des objets trouvés, le devoir de les déclarer est d'une nature plus stricte; et par cela même le silence de l'inventeur élève contre lui une grave présomption d'avoir cherché à s'approprier le chose d'autrui. Cpr. la note suivante.

[41] Plusieurs auteurs enseignent même que l'appréhension d'une chose trouvée, fût-elle accompagnée de l'intention frauduleuse de se l'approprier, ne constitue pas un vol, par le motif que l'élément matériel de ce délit, à savoir la soustraction de la chose d'autrui, ne se rencontrerait pas dans un pareil fait. Voy. Bourguignon, *Jurisprudence des Codes criminels*, III, p. 361; Carnot, *Commen-*

L'action en restitution, qui compète au propriétaire contre l'inventeur, dure trente ans, à partir du jour où celui-ci a trouvé la chose perdue [42].

II. *De l'accession.*

§ 202.

Généralités.

L'accession est un moyen d'acquérir la propriété d'une chose par le fait de son union ou de son incorporation à une chose qui nous appartient [1]. Art. 551.

Lorsque la chose qui vient s'unir à la nôtre n'avait pas antérieurement de maître, elle nous est acquise par une sorte de nécessité juridique, et par cela même que personne ne peut avoir le droit de la réclamer. *Res nullius quæ nostræ rei accedit, fit nostra.*

Dans le cas, au contraire, où les deux choses actuellement réunies appartenaient avant leur réunion à des propriétaires différents, la rigueur du Droit conduirait à reconnaître à chacun d'eux la faculté d'en demander la séparation. Mais comme, dans la plupart des cas, cette séparation ne pourrait avoir lieu sans dégradations, et que souvent même elle serait absolument impossible, l'équité et l'utilité générales exigent que le tout, formé par la réunion de deux choses appartenant à des propriétaires différents, soit attribué à l'un d'eux, sauf indemnité à l'autre.

taire du Code pénal, sur l'art. 379, nº 12, et sur l'art. 383, nº 4; Rauter, *Droit criminel*, II, 507. Mais ces auteurs nous paraissent avoir restreint d'une manière arbitraire l'idée de soustraction de la chose d'autrui, soustraction qui se comprend alors même que le propriétaire de la chose n'en aurait pas la possession dans le sens du Droit civil. Nous estimons que si l'appréhension d'une chose trouvée a été instantanément accompagnée de l'intention de se l'approprier, ce fait constitue un vol. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, VI, p. 579. Demolombe, XIII. Orléans, 6 septembre 1853, Sir., 56, 2, 54. Paris, 9 novembre 1855, Sir., 56, 2, 49. Chambéry, 23 septembre 1861, *Journal des Cours de Grenoble et de Chambéry*, 1861, p. 297. Voy. aussi les autres décisions citées dans les observations de Devilleneuve sur l'arrêt de Paris précité.

[42] La déchéance que l'art. 2279 attache à l'expiration du délai de trois ans ne peut être opposée qu'à l'action en revendication formée contre le tiers possesseur d'une chose perdue. Elle est étrangère à l'action personnelle en restitution dirigée contre l'inventeur lui-même. Duranton, IV, 329. Demante, *Cours*, II, 14 *bis*, II. Demolombe, XIII, 71.

[1] Cpr. sur la distinction à établir entre l'accession considérée comme moyen

Cette attribution se détermine en général d'après la maxime *Accessio cedit principali* [2].

Cependant, dans certains cas, la loi, au lieu d'attribuer le tout, formé par la réunion de deux choses appartenant à des propriétaires différents, à l'un de ces propriétaires, le déclare commun entre eux dans une certaine proportion. Cpr. art. 572 et 573.

D'un autre côté, il est des hypothèses où notre Code, écartant le principe de l'accession, attribue la propriété de certaines choses à des personnes auxquelles elles n'appartiendraient pas d'après ce principe. Cpr. art. 560 et 563.

L'accession pouvant être le résultat soit d'un événement de la nature, soit d'un fait de l'homme, soit enfin de la combinaison de ces deux causes, les anciens jurisconsultes divisaient l'accession en naturelle, industrielle, et mixte; mais cette division n'offre aucun intérêt pratique. Voy. art. 546.

Le Code Napoléon, en s'attachant uniquement à la nature mobilière ou immobilière de la chose à laquelle une autre chose vient s'unir ou s'incorporer, s'occupe, dans deux sections différentes, de l'accession relativement aux choses immobilières, et de l'accession relativement aux choses mobilières. Mais l'accession quant aux immeubles comprend en réalité deux hypothèses distinctes, suivant que la chose qui s'unit ou s'incorpore à un immeuble, est elle-même immobilière ou mobilière. Nous traiterons dans les trois paragraphes suivants de l'accession d'une chose immobilière à un immeuble, de l'accession de choses mobilières à un immeuble, et enfin de l'accession d'un meuble à un meuble.

La loi considère aussi comme une sorte d'accession le passage spontané des pigeons d'un colombier, des lapins d'une garenne, ou des poissons d'un étang, dans un autre colombier, garenne, ou étang. Art. 564 [3]. Ces animaux deviennent la propriété du propriétaire du fonds sur lequel ils se sont établis, sans qu'il soit tenu à aucune indemnité au profit de leur ancien maître. Que s'ils avaient été attirés par fraude ou artifice, ce dernier serait autorisé à les revendiquer ou à en réclamer la valeur, à supposer, bien entendu, qu'il pût justifier de leur identité [4].

d'acquérir, et l'accession envisagée comme titre ou présomption de propriété: § 192, note 1.

[2] L. 19, § 13, D. *de aur. arg.* (34, 2).

[3] Cpr. Req. rej., 22 juillet 1861, Sir., 61, 1, 825.

[4] Le droit de revendication nous paraît ressortir de la disposition finale de

§ 203.

1. *De l'accession d'une chose immobilière à un immeuble.*

a. *De l'alluvion.*

On entend par alluvion l'atterrissement qui se forme successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d'un cours d'eau naturel [1]. L'atterrissement ainsi formé appartient au propriétaire du terrain auquel il adhère. Art. 556.

Le bénéfice de l'alluvion ne peut de sa nature être invoqué que par les propriétaires dont les fonds s'étendent jusqu'à l'extrémité de la rive, et n'ont d'autre limite que le cours d'eau lui-même. Il en résulte que l'alluvion ne profite, ni aux propriétaires dont les fonds sont séparés du cours d'eau par une voie publique [2] ni aux riverains d'une rivière canalisée et bordée de digues artificielles, formant des dépendances de cette rivière [3].

l'art. 564 et des explications données par le tribun Faure, dans son rapport au Tribunat (Locré, *Lég.*, VIII, p. 187, n° 21). Hennequin, I, 331. Taulier, II, p. 287. Chavot, *De la propriété mobilière*, II, 538. Demolombe, X, 178. Voy. cep. Pothier, *De la propriété*, n° 167; Duranton, IV, 428; Marcadé, sur l'art. 564; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 129; Dupin, *Encyclopédie*, v° Accession, n° 27; Zachariæ, § 203, note 17. Ces derniers auteurs, dont l'opinion est plus exacte en pure théorie, et abstraction faite de la disposition de l'art. 564, n'accordent à l'ancien maître qu'une action en dommages-intérêts fondée sur le dol commis à son préjudice.

[1] « *Est autem alluvio incrementum latens, quod ita paulatim adjicitur, «ut intelligere non possis quantum quoquo momento temporis adjiciatur.* » § 20, *Inst. de rer. div.* (2, 1). Cpr. sur l'alluvion et sur les autres accessions produites par les eaux : *Traité du droit d'alluvion*, par Chardon; Paris 1830, 1 vol. in-8°; Dupin, *Encyclopédie du Droit*, v° Alluvion.

[2] L'alluvion profite en pareil cas à la commune, au département ou à l'État, suivant qu'il s'agit d'un chemin vicinal, d'une route départementale ou impériale. Chardon, n° 159. Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1271. Garnier, *Traité des rivières*, I, 83. Demolombe, X, 46. Civ. cass., 12 décembre 1832, Sir., 33, 1, 5. Civ. cass., 16 février 1836, Sir., 36, 1, 405. — L'existence d'un chemin de halage ne forme pas obstacle au droit d'alluvion en faveur des riverains, lorsque, le terrain affecté au passage appartenant à ces derniers, le halage ne s'exerce qu'à titre de servitude légale. Toulouse, 26 décembre 1812, Sir., 22, 2, 32. Montpellier, 5 juillet 1833, Sir., 34, 2, 120. Mais il en est autrement lorsque le chemin de halage n'appartient pas aux riverains, et forme une dépendance du cours d'eau. Req. rej., 26 avril 1843, Sir., 43, 1, 820. Cpr. Rouen, 16 décembre 1842, Sir., 43, 2, 409.

[3] Demolombe, X, 45. Req. rej., 17 juillet 1844, Sir., 44, 1, 839. Cpr. Req. rej., 30 mars 1840, Sir., 40, 1, 417.

Il n'y a pas, quant à l'attribution des alluvions aux riverains, de différence à faire entre celles qui se sont formées soit dans des fleuves ou rivières navigables ou flottables, soit dans de petites rivières ou de simples ruisseaux[4]. Art. 556, al. 2. Il est toutefois bien entendu qu'il ne peut être question d'alluvion pour les ruisseaux et torrents dont le cours est intermittent[5].

D'un autre côté, la conformation de la rive et la nature des éléments qui la constituent n'exercent aucune influence sur le sort des alluvions, qui appartiennent aux riverains, alors même que la rive est formée de rochers plus ou moins escarpés, ou qu'elle se trouve immédiatement bordée de constructions[6].

Enfin, il est indifférent que les atterrissements soient l'œuvre de la nature seule, ou qu'ils aient été déterminés par des travaux que les riverains ou des tiers ont exécutés dans la rivière[7]. Les atterrissements de la dernière espèce sont, comme ceux de la première, dévolus aux riverains à titre d'alluvion, alors même qu'il s'agirait de travaux faits par l'État dans une rivière navigable[8].

Un atterrissement n'ayant le caractère d'alluvion qu'autant qu'il s'est formé successivement et imperceptiblement, on ne saurait ranger parmi les alluvions, ni les atterrissements produits d'une manière plus ou moins soudaine par des travaux que l'administration a fait exécuter dans un cours d'eau dépendant du domaine public[9], ni les portions de terrain subitement détachées de l'une des

[4] L'art. 556 ne parle, il est vrai, que des fleuves et rivières, parce que les alluvions de quelque importance ne se forment d'ordinaire que dans les cours d'eau de cette espèce. Mais, si de fait il s'était produit des atterrissements ou des relais dans un ruisseau, il n'existerait aucun motif pour ne pas y appliquer les règles de l'alluvion. Chardon, nº 35. Championnière, *De la propriété des eaux courantes*, nº 432. Voy. en sens contraire : Proudhon, *op. cit.*, IV, 1265 et 1273.

[5] Demolombe, X, 17 et 18.

[6] Demolombe, X, 47 et 48. Voy. cep. Daviel, *Des cours d'eau*, I, 135.

[7] Demolombe, X, 65, 66 et 68. Cpr. cep. Proudhon, *op. cit.*, III, 740 et 1015, IV, 1266; Chardon, nº 49. — Il est bien entendu que si les travaux faits par l'un des riverains n'étaient pas simplement défensifs, et constituaient un empiétement sur le lit du cours d'eau, le propriétaire de l'autre rive, aux droits duquel ces travaux porteraient atteinte, serait autorisé à en demander la suppression ou la modification. Cpr. § 191, texte nº 1 et note 13. Demolombe, X, 67.

[8] Daviel, *Des cours d'eau*, I, 127. Garnier, *Régime des eaux*, I, 254. Demolombe, X, 69. Req. rej., 8 juillet 1829, Sir., 29, 1, 437. Paris, 7 juin 1839, Sir., 40, 2, 29 et 32. Agen, 11 novembre 1840, Sir., 41, 2, 74. Req. rej., 6 août 1848, Sir,, 49, 1, 614.

[9] Garnier, *op. cit.*, I, 236. Daviel, *op. cit.*, I, 280 et 281. Demolombe, *loc. cit.* Bourges, 27 mai 1839, Sir., 40, 2, 29.

rives, et reportées sur l'autre par suite de crues d'eau extraordinaires [10].

Mais les atterrissements qui, après s'être insensiblement formés sous les eaux, apparaissent d'une manière soudaine, par exemple lors de la retraite des eaux après une inondation, n'en constituent pas moins des alluvions [11].

D'un autre côté, les atterrissements qui se seraient formés, même subitement, à la suite de travaux exécutés dans un cours d'eau non dépendant du domaine public, quoique ne constituant pas, à vrai dire, des alluvions, n'en deviendraient pas moins la propriété des riverains aux fonds desquels ils adhèrent [12].

L'alluvion n'est acquise que lorsqu'elle est définitivement formée, et elle ne peut être considérée comme telle qu'autant que l'atterrissement est adhérent à la rive, et qu'il a cessé de faire partie du lit de la rivière.

Ainsi, d'une part, un atterrissement ne constitue pas une alluvion, quelque rapproché qu'il se trouve de la rive, lorsqu'il en est encore séparé par un courant d'eau qui, eu égard à sa profondeur et à sa permanence, doit être regardé comme faisant partie de la rivière [13].

Ainsi, d'autre part, un atterrissement, même adhérent à la rive, mais qui se trouve compris dans les limites du lit du fleuve ou de la rivière, telles qu'elles sont déterminées par la ligne où arrivent les plus hautes eaux dans leur état normal et sans débordement, ne forme pas davantage une alluvion [14].

[10] Cette hypothèse rentre sous l'application soit de l'art. 559, soit de l'art. 563. Paris, 1er décembre 1855, Sir., 56, 2, 434.

[11] Hennequin, I, p. 286. Dupin, nº 26. Demolombe, X, 59. Civ. cass., 25 juin 1827, Sir., 27, 1, 402. Req. rej., 1er mars 1832, Dalloz, 1832, 1, 405.

[12] Arg. *a fortiori*, art. 561. Demolombe, X, 61.

[13] Demolombe, X, 54 et 55. Req. rej., 2 mai 1826, Dalloz, 1826, 1, 273. Mais il en est autrement lorsque l'atterrissement n'est séparé de la rive que dans sa partie supérieure, par un filet d'eau qui n'atteint pas la profondeur de l'ancien lit, et surtout lorsque ce filet d'eau est intermittent. Dans ce cas, l'alluvion doit être considérée comme définitivement acquise. Req. rej., 31 janvier 1838, Sir., 38, 1, 794.

[14] Pardessus, *Des servitudes*, I, 35. Proudhon, *op. cit.*, III, 741. Daviel, *op. cit.*, I, 48. Chardon, nos 49 et suiv. Demolombe, X, 52 et 54. Paris, 2 juillet 1831, Sir., 31, 2, 142. Bourges, 27 mai 1839, Sir., 40, 2, 29. Caen, 26 février 1840, Sir., 40, 2, 197. Lyon, 25 février 1843, Sir., 43, 2, 315. Orléans, 28 février 1850, Sir., 50, 2, 273. Toulouse, 22 février 1860, Sir., 60, 2, 471. — Nous avons admis, conformément au Droit romain, que les limites naturelles

La loi attribue aux riverains non-seulement les alluvions proprement dites qui se forment par atterrissement, mais encore les relais, c'est-à-dire les terrains qu'une eau courante laisse à découvert, en se retirant insensiblement de l'une des rives pour se porter vers l'autre. Art. 557, al. 1.

Les relais de la mer n'appartiennent point aux riverains, mais à l'État. Art. 538 et 557, al. 2. Il en serait ainsi dans le cas même où, l'État ayant concédé des relais déjà formés, de nouveaux relais seraient venus s'ajouter aux anciens, à moins que le contraire ne résultât expressément ou virtuellement de l'acte de concession [15].

Il ne saurait être question d'alluvion dans les eaux dormantes, telles que les lacs et étangs. Le propriétaire d'un étang conserve toujours le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge; et réciproquement, il n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir dans des crues extraordinaires [16]. Art. 558.

Lorsqu'un terrain d'alluvion ou de relais s'est formé le long de plusieurs héritages, le partage s'en fait entre les propriétaires qui peuvent y avoir droit proportionnellement à la largeur que chacun de ces héritages présente sur l'ancienne rive [17], sans tenir compte de la direction des lignes qui divisent ces héritages [18].

Ce partage ne présente aucune difficulté, si l'axe du cours d'eau forme une ligne droite dans toute l'étendue de l'alluvion. Il suffit alors pour l'opérer d'abaisser, de chacun des points séparant à la

d'un fleuve ou d'une rivière se déterminent par la ligne qu'atteignent les plus hautes eaux sans débordement : *Ripa ea putatur esse, quæ plenissimum flumen continet.* L. 3, § 1, D. *de flumin.* (43, 12). Ce principe, généralement adopté par les auteurs modernes, a été formellement consacré par plusieurs des arrêts qui viennent d'être cités. Voy. aussi dans ce sens : Lyon, 11 janvier 1849, Sir., 49, 2, 369. Voy. cep. : Rouen, 16 déécembre 1842, Sir., 43, 2, 409. Suivant ce dernier arrêt, la limite d'un fleuve ou d'une rivière serait déterminée par la ligne qu'atteignent les eaux à leur niveau moyen.

[15] Cpr. Loi du 16 septembre 1807, art. 41. Daviel, *op. cit.*, I, 168. Demolombe, X, 22 et 23. Voy. cep. Pardessus, *Des servitudes*, I, 122.

[16] Cpr. § 192, texte nº 2 et note 5,

[17] *Pro modo latitudinis cujusque fundi, quæ latitudo prope ripam sit.* § 22, *Inst. de rer. div.* (2, 1).

[18] Les auteurs anciens et modernes sont profondément divisés sur le procédé à suivre pour le partage des alluvions. Cpr. Toullier, III, 152; Proudhon, *op. cit.*, IV, 1287; Chardon, nos 171 et suiv.; Daviel, *op. cit.*, I, 136; Dupin, nº 38; Demolombe, X, 76 à 82. Le système auquel nous nous sommes arrêtés a été consacré en principe par la Cour d'Agen (25 janvier 1854, Sir., 54, 2, 127), et paraît aussi avoir en sa faveur l'opinion de M. Demolombe.

rive les différents héritages, des perpendiculaires sur cet axe, et d'attribuer à chaque propriétaire la portion d'alluvion ou de relais comprise entre les points extrêmes de son fonds.

Lorsque le cours d'eau forme, dans l'étendue de l'alluvion, des sinuosités qui cependant n'en changent pas la direction générale, c'est sur la ligne fictive représentant cette direction, que doivent être abaissées les perpendiculaires à tirer des points extrêmes de séparation des fonds riverains.

Que si, dans l'étendue de l'alluvion, le cours d'eau changeait complétement de direction, en formant des angles rentrants ou saillants, son axe se déterminerait au moyen de lignes brisées à chacun de ces angles, et c'est sur ces diverses lignes brisées que s'abaisseraient les perpendiculaires destinées à opérer le partage.

b. *De l'avulsion.*

Lorsqu'un fleuve ou une rivière, dépendant ou non du domaine public, emporte par une force subite une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain, et la réunit, soit par adjonction, soit par superposition [19], à un champ inférieur ou à un fonds situé sur la rive opposée, les terres, plantations ou constructions ainsi déplacées continuent d'appartenir à leur ancien propriétaire. Art. 559. Celui-ci est donc autorisé à les reprendre [20]; mais il n'est pas obligé de le faire, et n'est, dans aucun cas, passible de dommages-intérêts envers le propriétaire du fonds inférieur ou opposé [21].

[19] L'art. 559 semble ne prévoir que le cas d'une adjonction latérale; mais il n'est pas douteux que sa disposition ne s'applique également au cas de superposition. Proudhon, *De l'usufruit*, II, 527, et *Du domaine public*, IV, 1282. Demolombe, X, 99.

[20] C'est-à-dire à les enlever, et non pas à en prendre possession comme d'un nouveau fonds, distinct de celui vers lequel ou sur lequel elles ont été portées. C'est ainsi que l'art. 559 a été expliqué lors de la discussion au Conseil d'État (Locré, *Lég.*, VIII, p. 126, n° 13). Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1283. Daviel, *op. cit.*, I, 154. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 119. Chardon, n° 14. Demolombe, X, 104.

[21] On reconnaît généralement que le propriétaire de la partie enlevée n'est tenu d'aucuns dommages-intérêts, lorsqu'il renonce à la réclamer. Daviel, *op. cit.*, I, 174. Demolombe, X, 103. Mais il ne serait autorisé à la reprendre, suivant le dernier de ces auteurs (X, 112), qu'à charge de réparer le dommage causé par l'adjonction. Notre savant collègue invoque à l'appui de son opinion l'art. 1382 et les décisions de plusieurs lois romaines (L. 9, § 1, 2 et 3, D. *de damn. infect.*, 39, 2. L. 5, § 4, D. *ad exhib.*, 10, 4. L. 8, D. *de incend.*, 49, 9).

Le propriétaire qui veut user de la faculté de reprendre les terres, plantations ou constructions enlevées par la violence des eaux, doit former sa réclamation dans l'année. Après ce délai, il n'y serait plus recevable [22], à moins que le propriétaire du fonds auquel la partie enlevée a été réunie, n'eût pas encore pris possession de celle-ci [23]. Art. 559 [24].

Lorsque la réunion a eu lieu par superposition, le propriétaire du fonds sur lequel elle s'est opérée, est en droit, sans attendre la

Nous ne saurions adhérer à cette solution. L'art. 1382 ne peut trouver ici application, puisque, d'une part, il s'agit d'un dommage causé par un événement de force majeure, et que, d'autre part, le propriétaire de la partie enlevée ne fait qu'user de son droit en la réclamant. Quant aux lois romaines ci-dessus citées, elles ne s'occupent nullement de l'avulsion, mais d'un éboulement de terres ou de l'enlèvement par la force des eaux d'objets mobiliers, tels qu'un radeau, c'est-à-dire de faits qu'à l'aide de certaines précautions il eût été possible d'empêcher ou de prévenir; et l'on comprend qu'en pareille circonstance, le propriétaire des objets enlevés ou des terres éboulées ne puisse les réclamer qu'à charge de réparer un dommage qui lui est jusqu'à certain point imputable. Il est, du reste, bien entendu que, si le propriétaire des terres, plantations ou constructions emportées par les eaux n'est pas responsable, qu'il abandonne ou qu'il reprenne ces objets, du dommage qui a été la suite de l'avulsion elle-même, il sera cependant tenu de répondre, dans le dernier cas, du préjudice qu'il aura pu causer par l'opération de l'enlèvement.

[22] En fixant à une année le délai au bout duquel le propriétaire de la partie enlevée est déchu du droit de la réclamer, le Code Napoléon s'est écarté de la disposition du § 21 des *Institutes* (*de rer. div.*, 2, 1), pour donner une règle à la fois plus générale et plus certaine.

[23] L'expiration du délai d'une année, à partir de la réunion, emporte déchéance, par cela seul que le propriétaire du fonds auquel la partie enlevée est venue se réunir, a pris possession de celle-ci, bien que cette prise de possession ne remonte pas à une année.

[24] Cet article serait-il applicable au cas où la partie d'un fonds longeant une rivière s'est trouvée, par la formation d'un nouveau bras, détachée du restant de ce fonds, et réunie à une île dont elle était précédemment séparée? La Cour de cassation (Req. rej., 13 décembre 1830, Dalloz, 1831, 1, 157) a décidé l'affirmative, en appliquant à ce cas la déchéance prononcée par l'art. 559. Mais, en jugeant ainsi, cette Cour a fait, à notre avis, une fausse application de l'article précité, qui suppose un déplacement de terrain, condition qui ne se rencontre pas dans l'hypothèse dont il s'agit. Cette décision nous paraît d'autant plus contestable que l'action sur laquelle la Cour suprême était appelée à statuer n'avait pas simplement pour objet la reprise des terres emportées par la force des eaux, mais bien la revendication d'un fonds distinct de l'île à laquelle il avait été réuni, et que l'art. 559 n'admet pas une pareille revendication. L'espèce rentrait donc plutôt sous l'application de l'art. 562 que sous celle de ce dernier article. Cpr. Demolombe, X, 5.

fin de l'année, d'interpeller le propriétaire de la partie enlevée, pour qu'il ait à s'expliquer sur le point de savoir s'il entend ou non faire usage de la faculté que lui accorde l'art. 559 [25].

c. *Des îles, îlots et atterrissements formés au milieu d'un cours d'eau.*

Ces îles, îlots et atterrissements appartiennent à l'État ou aux propriétaires riverains, suivant qu'ils se sont formés, soit dans une rivière navigable ou flottable, soit dans un cours d'eau non dépendant du domaine public. Art. 560 et 561 [26].

Les îles formées dans un cours d'eau dépendant du domaine public ne font pas partie de ce domaine, mais rentrent dans celui de l'État, et les particuliers peuvent en acquérir la propriété par titre ou par prescription, comme de tous autres biens de l'État. Art. 560.

[25] L'action interrogatoire doit, dans cette hypothèse, être exceptionnellement admise, comme conséquence nécessaire de la faculté qu'a tout propriétaire d'user et de jouir de sa chose, ainsi qu'il le juge convenable, faculté dont l'exercice serait neutralisé ou entravé, si celui sur le fonds duquel la superposition s'est opérée, devait attendre toute une année pour savoir à quoi s'en tenir quant aux intentions du propriétaire de la partie enlevée. Cpr. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1283; Daviel, *op. cit.*, I, 155; Chardon, n° 88; Demolombe, X, 110. Ces auteurs semblent même admettre le droit d'interpellation d'une manière absolue, c'est-à-dire, tant pour le cas où la réunion s'est opérée par simple adjonction, que pour celui où il a eu lieu par superposition. Mais nous croyons que c'est aller trop loin. Dans l'hypothèse, en effet, d'une adjonction latérale qui n'entrave en aucune façon la culture du fonds auquel la partie enlevée est venue se réunir, il n'existe plus aucun motif pour accueillir, de la part du propriétaire de ce fonds, une action interrogatoire qui ne serait pas fondée sur un intérêt et un droit actuels. Cpr, § 746, texte et note 5.

[26] La disposition de l'art. 560, qui attribue à l'État la propriété des îles formées dans des rivières navigables ou flottables, est contraire au Droit romain. D'après ce Droit, les îles qui se formaient dans un cours d'eau public ne devenaient pas pour cela publiques. Considérées comme prolongement des rives, elles étaient attribuées aux riverains à titre d'accession, et en vertu de la règle *Res quæ nostræ rei accedit, fit nostra.* Cpr. L. 30, *proe.*, et L. 65, § 2, D. *de acq. rer. dom.*, (41, 1); L. 1, § 6, D. *de flumin.* (43, 12). Lors de la discussion au Conseil d'État, Treilhard chercha à expliquer la disposition de l'art. 560, en disant que, comme le lit des rivières navigables ou flottables appartient au domaine national, il doit en être de même des îles et îlots, qui, faisant partie du lit, suivent le sort de la chose principale. Cpr. Locré, *Lég.*, VIII, p. 126, n° 14. Mais cette explication, inexacte en fait, puisque le lit disparaît complétement là où s'est formée une île, aurait logiquement conduit à faire considérer les îles des rivières navigables et flottables comme des dépendances du domaine public, tandis qu'elles ont été attribuées au domaine de l'État, et par suite reconnues susceptibles de

Pour opérer entre les propriétaires riverains le partage d'une île formée dans un cours d'eau non dépendant du domaine public, on suppose une ligne tracée au milieu de ce cours d'eau. Si l'île n'est pas traversée par cette ligne, elle appartient exclusivement aux riverains du côté desquels elle s'est formée. Au cas contraire, elle se divise, suivant la même ligne, entre les propriétaires des deux rives. Art. 561. Enfin, lorsque l'île se prolonge au devant de fonds appartenant à des propriétaires différents, elle se partage entre eux pour la totalité, ou, le cas échéant, pour la portion afférente à chaque rive, conformément aux règles ci-dessus exposées quant à la répartition des alluvions [27].

L'île une fois formée, ceux qui, d'après ce qui vient d'être dit, en sont devenus propriétaires, ont également droit aux accroissements subséquents qu'elle peut recevoir par alluvion. Il en est ainsi, dans le cas même où l'île s'étant formée d'un seul côté, elle se serait étendue au delà du milieu de la rivière, et dans celui où elle se serait prolongée du même côté, en face de fonds appartenant à des propriétaires riverains qui n'avaient lors de sa formation aucune part à y réclamer [28].

Les dispositions des art. 560 et 561 sont inapplicables au cas où un cours d'eau, faisant ou non partie du domaine public, s'est formé un nouveau bras, et a ainsi converti en île un fonds appartenant à un propriétaire riverain. Ce dernier conserve, dans ce cas, la propriété de l'île. Art. 562.

propriété privée. Les motifs qui, contrairement au principe de l'accession, ont porté le législateur à ne pas accorder aux riverains les îles des rivières navigables ou flottables, tout en leur reconnaissant, conformément à ce principe, la propriété de celles qui se forment dans des cours d'eau non dépendants du domaine public, ont été indiqués par les orateurs du Tribunat, qui ont fait remarquer que, pour l'intérêt général de la navigation et du commerce, l'État devait conserver la libre disposition des îles, îlots et atterrissements formés dans des cours d'eau dépendants du domaine public. Cpr. Locré, *Lég.*, VIII, p. 186, n° 19, p. 207 et 208, n° 17. Les observations précédentes démontrent le peu de valeur de l'argument que prétendent tirer de l'art. 561 les auteurs qui enseignent que le lit des petites rivières appartient aux riverains. Ce n'est point, en effet, comme accédant au lit, qui a cessé d'exister dans la partie où il a été remplacé par une île, que cette île est attribuée aux riverains, mais bien comme accédant aux rives dont elle est censée former le prolongement.

[27] § 22, *Inst. de rer. div.* (2, 1). L. 29, D. *de acq. rer. dom.* (41, 1). Rittinghausen, *Revue de législation*, 1836, IV, p. 302. Demolombe, X, 125 et 126.

[28] L. 56, *proe.*, et L. 5, § 3, D. *de acq. rer. dom.* (41, 1). Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1286. Demolombe, X, 127.

d. *Du lit abandonné.*

Lorsqu'une rivière, qu'elle soit ou non navigable ou flottable, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés par les eaux prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain enlevé. Art. 563[29]. Si cet ancien lit n'était pas commodément partageable entre les divers ayants droit, chacun d'eux serait autorisé à en provoquer la licitation[30].

L'attribution du lit abandonné aux propriétaires des terrains occupés par le nouveau cours de la rivière, ne comprend pas les îles qui s'étaient formées dans ce lit; elles continuent d'appartenir à ceux auxquels elles avaient été acquises[31].

Si une rivière, après s'être formé un nouveau cours, rentrait plus tard dans son ancien lit, ceux auxquels cet ancien lit a été attribué, ne pourraient reprendre qu'en vertu de l'art. 563, et non par une sorte de droit de retour, les terrains dont ils avaient été dépossédés par le changement du cours de la rivière. D'où la conséquence, qu'ils n'y auraient aucun droit, s'ils avaient cessé d'être propriétaires des portions de l'ancien lit à eux attribuées à titre d'indemnité[32].

§ 204.

2. *De l'accession de choses mobilières à un immeuble.*

a. *Des plantations, constructions et ouvrages faits par le propriétaire d'un fonds avec les matériaux d'autrui.*

Le propriétaire d'un fonds devient par droit d'accession propriétaire des plantations, constructions et ouvrages qu'il y a faits,

[29] Cet article est introductif d'un Droit nouveau. D'après la législation romaine, le lit abandonné était attribué aux riverains à titre d'accession. § 23, *Inst. de rer. div.* (2, 1). L. 1, § 7, D. *de flumin.* (43, 12). Cette règle paraît avoir été généralement suivie dans les pays de Droit écrit. Toulouse, 2 mai 1834, Dalloz, 1834, 2, 16. Req. rej., 26 février 1840, Sir., 41, 1, 54. Voy. cep. : *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, VIII, p. 129, nº 17). Dans les pays coutumiers, le lit abandonné était dévolu au roi ou au seigneur haut-justicier, suivant qu'il s'agissait d'une rivière navigable ou non navigable. L'innovation du Code ne nous paraît pas heureuse; elle est contraire au principe de l'accession, et le motif d'équité sur lequel on l'a fondée est très-contestable, du moins pour les lits de cours d'eau qui ne dépendent pas du domaine public. Demolombe, X, 162.

[30] Chardon, nos 184 et 185. Demolombe, X, 165.

[31] Demolombe, X, 166. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 563, nº 1.

[32] Cpr. Taulier, II, p. 287; Demolombe, X, 170.

même avec les matériaux d'autrui, et bien qu'il les ait employés de mauvaise foi [1]. *Superficies solo cedit.*

Il ne peut être contraint de restituer ces matériaux à celui auquel ils appartenaient, tant qu'ils forment partie intégrante du sol ou du bâtiment auquel ils ont été incorporés, et sans qu'il y ait à examiner, pour le cas de plantation, si les arbres ou arbustes ont ou non déjà pris racine [2]. Mais il est tenu de payer la valeur des matériaux avec dommages-intérêts, s'il y a lieu, et ne peut se soustraire à cette obligation en en offrant la restitution [3]. Art. 554 [4].

Que si, avant le règlement de l'indemnité due par le propriétaire du sol, les constructions venaient à être démolies, le propriétaire des matériaux pourrait, au lieu d'en réclamer la valeur, en poursuivre la revendication [5]; mais la même faculté ne lui appartiendrait pas, s'il s'agissait d'arbres ou d'arbustes arrachés du sol où ils avaient été plantés [6].

La disposition de l'art. 554 ne s'applique qu'aux objets mobiliers qui, par leur incorporation dans le sol ou dans un bâtiment,

[1] C'est à ce cas surtout que s'applique en Droit français la règle posée dans l'art. 554, parce que celui qui a employé les matériaux d'autrui qu'il possédait de bonne foi n'est soumis, même abstraction faite de l'accession, ni à une action personnelle en restitution, ni, en général, à une action en revendication. Art. 2279. Cpr. § 183.

[2] A la différence du Droit romain (cpr. § 31, *Inst. de rer. div.*, 2, 1), le Code Napoléon n'a point exigé cette condition, à raison, sans doute, des difficultés que sa vérification aurait le plus souvent présentées. Taulier, II, p. 272. Marcadé, sur l'art. 554, nº 1. Demolombe, IX, 667. Voy. en sens contraire : Toullier, III, 127; Chavot, *De la propriété mobilière*, II, 524. Voy. aussi Duranton, IV, 374.

[3] Demolombe, IX, 663.

[4] Si, d'après cet article, le propriétaire du sol, qui s'est servi des matériaux ou des arbres d'autrui, ne peut être contraint, pour les restituer, à les détacher des constructions auxquelles il les a incorporés, ou du terrain dans lequel il les a plantés, on ne saurait conclure de là que celui qui a vendu un bâtiment pour être démoli, ou une forêt pour être abattue, soit en droit de se refuser à l'exécution de cette convention, en offrant d'indemniser l'acquéreur. Une pareille prétention serait évidemment contraire aux dispositions des art. 1134, 1144 et 1243, que ne modifie nullement l'art. 554, qui statue sur un cas d'accession, et ne s'occupe en aucune façon d'une question d'exécution de convention. Voy. en sens contraire : Demolombe, IX, 668.

[5] § 29, *Inst. de rer. div.* (2, 1). Demante, *Cours*, II, 391 *bis*, I. Dupin, *Encyclopédie*, vº Accession, nº 20. Marcadé, sur l'art. 554. Demolombe, IX, 661. Voy. en sens contraire : Duranton, IX, 374; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 109; Chavot, *De la propriété mobilière*, II, 531.

[6] L. 26, § 2, D. *de acq. rer. dom.* (41, 1). Demante, *Cours*, II, 391 *bis*, III. Demolombe, IX, 662.

sont devenus immeubles par nature, et non à ceux qui ont simplement revêtu le caractère d'immeubles par destination [7].

b. *Des plantations, constructions et ouvrages faits par un tiers sur le sol d'autrui* [8].

Les plantations, constructions et ouvrages faits par un tiers sur le sol d'autrui deviennent, à titre d'accession, la propriété du propriétaire du sol, en ce sens du moins que le tiers, constructeur ou planteur, ne peut les enlever contre le gré de ce dernier [9]. *Superficies solo cedit.* Il n'y a pas, sous ce rapport, à distinguer si les matériaux appartenaient ou non au tiers qui les a employés [10].

Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers possesseur de mauvaise foi, le propriétaire du sol peut demander, soit leur suppression, avec dommages-intérêts pour le préjudice qui lui a été causé, soit leur conservation, mais à charge, dans ce cas, de rembourser la valeur des matériaux et le prix de la main d'œuvre, sans être admis à se libérer en offrant le montant de la mieux-value de l'immeuble. Art. 555, al. 1 et 2.

Si, au contraire, les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers possesseur de bonne foi, le propriétaire du sol ne peut en demander la suppression ; mais aussi a-t-il, dans ce cas, le choix de rembourser, soit la valeur des matériaux et le

[7] Maleville, sur l'art. 554. Toullier, III, 126. Duranton, IV, 374. Chavot, *op. cit.*, II, 534 et 535. Marcadé, sur l'art. 554. Demolombe, IX, 665 et 666. Voy. cep. Taulier, II, p. 272.

[8] Les plantations, constructions et ouvrages existant sur un fonds étant, en vertu de l'art. 553, présumés faits par le propriétaire de ce fonds, c'est au tiers qui prétend les avoir exécutés à le prouver. Cpr. sur cette preuve : § 192, texte et note 4.

[9] Si les plantations, constructions ou ouvrages avaient été enlevés avant toute réclamation de la part du propriétaire du sol, le principe posé au texte resterait de fait sans application ; et il ne se présenterait plus qu'une question de dommages-intérêts, qui devrait se résoudre d'après les règles que nous exposerons au § 219. Cpr. Demolombe, IX, 681 *bis* ; Douai, 18 mars 1842, Sir., 43, 2, 8 ; Civ. rej., 16 février 1857, Sir., 58, 2, 192.

[10] Quoique l'art. 555 ne prévoie expressément que le cas où le constructeur a employé des matériaux à lui appartenants, il est évident que son application est indépendante de cette condition, la circonstance que les matériaux appartenaient à un tiers ne pouvant en aucune façon influer sur les rapports de ce constructeur et du propriétaire du sol. Taulier, II, p. 274. Marcadé, sur l'art. 555, n° 7. Demante, *Cours*, II, 392 *bis*, X Demolombe, IX, 678.

prix de la main d'œuvre, soit le montant de la mieux-value de l'immeuble au jour du délaissement. Art. 555, al. 3 [11].

Pour l'application de la distinction précédente entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, il faut se placer, non à l'époque de la prise de possession de l'immeuble, mais à celle de l'exécution des travaux [12].

Le possesseur, même de bonne foi, ne jouit pas d'un véritable droit de retention pour le paiement de l'indemnité à laquelle il a droit. Toutefois, si le propriétaire revendiquant ne présentait pas des garanties suffisantes de solvabilité, le juge pourrait, en considération de la bonne foi du possesseur, subordonner l'exécution de la condamnation en délaissement au paiement préalable de cette indemnité [13].

Le propriétaire du sol qui opte pour la conservation des travaux, moyennant le remboursement de la somme représentant la valeur des matériaux et le prix de la main d'œuvre, n'est point tenu des intérêts de cette somme. Seulement le possesseur de mauvaise foi, obligé à la restitution des fruits, peut-il, quand ses travaux ont eu pour résultat de procurer une augmentation de revenu, retenir, jusqu'à concurrence de cette augmentation, les intérêts des sommes qu'il a déboursées [14].

[11] On a trouvé singulier que le propriétaire du sol puisse se libérer envers un possesseur de bonne foi, en lui remboursant le montant de la mieux-value de l'immeuble, tandis qu'il est obligé de restituer intégralement au possesseur de mauvaise foi la valeur des matériaux et le prix de la main d'œuvre. Mais cette singularité apparente disparaît, quand on réfléchit que le propriétaire du sol jouit envers le possesseur de mauvaise foi de la faculté de demander la suppression des travaux avec dommages-intérêts, faculté qui met, pour ainsi dire, ce dernier à sa discrétion. D'ailleurs, le propriétaire du sol pourrait toujours, en renonçant à réclamer la restitution des fruits, considérer le possesseur comme étant de bonne foi, et par suite se borner à lui offrir le paiement de la mieux-value, sans que celui-ci fût admis à se prévaloir de sa mauvaise foi pour réclamer le remboursement de ses déboursés. Demolombe, IX, 674 à 676.

[12] L. 37, D. *de rei vind.* (6, 1). Pothier, *De la propriété*, nº 351.

[13] Voy. pour la justification de ces propositions : § 256.

[14] *Non obstat* art. 1153, al. 3. Il ne s'agit pas en pareil cas d'un paiement d'intérêts, réclamé par le possesseur au propriétaire du sol, ni même d'une compensation fondée sur une créance d'intérêts, mais simplement d'un règlement de compte portant sur les fruits à restituer au propriétaire du sol par le possesseur. Refuser à ce dernier la faculté d'opérer la retenue dont il est question au texte, ce serait reconnaître au premier le droit de s'enrichir à ses dépens, ce qui ne saurait être admis, même à l'égard d'un possesseur de mauvaise foi. Demolombe,

Le possesseur de bonne foi, dispensé de la restitution des fruits, a droit au remboursement intégral de ses déboursés ou de la mieux-value de l'immeuble, sans que le propriétaire du sol soit autorisé à imputer, sur la somme à rembourser, les fruits perçus par le possesseur, sous le prétexte qu'au lieu de les consommer, celui-ci les aurait employés aux travaux qu'il a exécutés [15].

Les dispositions de l'art. 555 ne concernent que le cas où il s'agit de travaux complétement nouveaux ; elles sont étrangères à l'hypothèse où les travaux exécutés par le tiers possesseur, s'appliquant à des ouvrages préexistants, ne présentent que le caractère de réparations ou de simples améliorations. Dans cette dernière hypothèse, le propriétaire du sol ne peut, même vis-à-vis d'un possesseur de mauvaise foi, demander la suppression des travaux [16]. Les obligations qui lui incombent quant aux impenses, seront expliquées au § 219.

L'art. 555 suppose que les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers possesseur pour son propre compte. Il ne s'applique donc pas aux travaux faits par un administrateur, un mandataire, ou un gérant d'affaires, pour le compte d'autrui [17]. Il ne s'applique pas davantage aux travaux faits, soit par un propriétaire sous condition résolutoire [18],

IX, 679. Civ. cass., 9 décembre 1839, Sir., 40, 1, 66. Cpr. Agen, 27 mars 1843, Sir., 43, 2, 511.

[15] Une pareille imputation aurait pour résultat de priver le possesseur de bonne foi du bénéfice de l'art. 549, en vertu duquel il fait siens les fruits par lui perçus, quoiqu'il ne les ait pas consommés. La décision contraire de Papinien (L. 48, D. *de rei vind.*, 6, 1), fondée sur la présomption que les fruits avaient servi à l'amélioration du fonds, était conforme aux principes du Droit romain, qui n'autorisait le possesseur de bonne foi à retenir les fruits par lui perçus qu'autant qu'il les avait consommés. Mais cette décision n'est plus compatible avec la disposition générale et absolue de l'art. 549. Duranton, IV, 377. Chavot, *De la propriété mobilière*, II, 511. Demolombe, IX, 680. Voy. en sens contraire : Troplong, *Des hypothèques*, III, 839 ; Marcadé, sur l'art. 555, nº 3.

[16] Demolombe, IX, 685 et 686.

[17] Les rapports du constructeur et du propriétaire du sol seraient, en pareil cas, réglés par les principes du mandat ou de la gestion d'affaires. Demolombe, IX, 691.

[18] L'événement de la condition résolutoire ayant pour effet de remettre les choses au même état où elles se trouvaient avant l'acquisition, le constructeur dont le titre vient à être résolu, peut en général être contraint à enlever les constructions par lui faites. C'est ce qui a lieu, par exemple, pour l'adjudicataire évincé par suite de folle enchère (Bordeaux, 17 janvier 1843, Sir., 43, 2, 232), et même pour l'acquéreur sous pacte de retrait, qui, aux termes de l'art. 1673,

soit par un cohéritier, un coassocié, ou tout autre copropriétaire [19].

L'art. 555 ne régit même pas directement les plantations, constructions et ouvrages faits par un locataire ou par un fermier. Lorsque les travaux ont été exécutés en vertu du bail ou d'un contrat subséquent, le sort en est réglé par les conventions intervenues entre les parties [20]. Au cas contraire, le propriétaire peut, conformément aux art. 1730 et 1731, demander la suppression des travaux. Il peut aussi en réclamer la conservation en vertu de son droit d'accession; mais alors, et par analogie de la disposition du troisième alinéa de l'art. 555, il doit le remboursement des matériaux et de la main d'œuvre, faute de quoi le preneur est autorisé à enlever ses plantations ou constructions [21].

ne peut demander que la bonification des simples réparations. Toutefois, nous reconnaissons que le caractère particulier de telle ou telle condition résolutoire et la nature des rapports existant entre les parties pourraient faire admettre une solution contraire, surtout si le constructeur dont le titre se trouve résolu n'avait à se reprocher ni faute ni imprudence. C'est ainsi que le cohéritier soumis au rapport, et le donataire dont la donation a été révoquée par survenance d'enfant, ne devraient pas être condamnés à enlever les constructions par eux faites, et auraient droit à la bonification de la mieux-value qui en est résultée. Voy. cep. Demolombe, IX, 691 *bis*. Notre savant collègue, tout en reconnaissant que l'art. 555 est inapplicable à la question, enseigne cependant que ce n'est qu'exceptionnellement que le constructeur dont le titre est résolu peut être contraint à enlever les constructions qu'il a élevées. Mais, à notre avis, cette doctrine ne tient pas suffisamment compte de l'effet ordinaire des conditions résolutoires.

[19] Req. rej., 15 décembre 1830, Sir., 31, 1, 24. Bordeaux, 11 décembre 1838, Sir., 39, 2, 251. En pareil cas, les obligations et les droits respectifs des parties se règlent d'après les principes de la société ou de la communauté d'intérêts résultant de l'indivision. Demolombe, X, 691 *bis*.

[20] Demolombe, IX, 694. Req. rej., 1er août 1859, Sir., 60, 1, 67.

[21] On admet assez généralement l'application de l'art. 555 aux plantations, constructions et ouvrages faits par un fermier ou par un locataire, sans toutefois s'expliquer sur le point de savoir si ce dernier doit être traité comme un possesseur de bonne foi ou comme un possesseur de mauvaise foi. Il résulte de là des hésitations et même des inconséquences dans la solution donnée à la question de savoir si le bailleur qui veut conserver les travaux exécutés par le preneur, peut se libérer en bonifiant la mieux-value, ou si, au contraire, il est tenu de rembourser intégralement la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre. La plupart des auteurs se prononcent dans le premier sens, tout en reconnaissant cependant au bailleur la faculté de demander la suppression des travaux, et assimilent ainsi le preneur, tantôt à un possesseur de bonne foi, tantôt à un possesseur de mauvaise foi. Cpr. Duranton, IV, 381; Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1456; Troplong, *Du louage*, II, 354; Duvergier, *Du louage*, I, 457

Ces diverses propositions semblent devoir s'appliquer également aux constructions faites par un usufruitier sur le fonds soumis à l'usufruit, lorsqu'elles ne rentrent pas dans la catégorie des simples améliorations [22]; mais l'usufruitier ne pourrait, ni enlever les

et suiv. Quant à M. Demolombe, il a évité cette inconséquence et décide, comme nous, que le bailleur qui veut conserver les constructions élevées par le preneur, doit rembourser le montant intégral des matériaux et de la main-d'œuvre. Voy. aussi dans ce sens : Req. rej., 1er juin 1851, Sir., 51, 1, 481. Cpr. Civ. cass., 3 janvier 1849, Sir., 49, 1, 95 ; Orléans, 20 avril 1849, Sir., 49, 2, 597. L'opinion que nous avons adoptée se fonde sur ce que, le preneur ne pouvant être considéré comme un tiers possesseur, soit de bonne foi, soit de mauvaise foi, les dispositions de l'art. 555 ne lui sont pas directement applicables. Et si nous soumettons le bailleur qui opte pour la conservation des travaux, à l'obligation de rembourser intégralement la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre, c'est parce que nous lui reconnaissons aussi la faculté de demander la suppression de ces mêmes travaux, ce qui le place dans une situation analogue à celle où se trouve, d'après l'art. 555, le propriétaire du sol vis-à-vis d'un possesseur de mauvaise foi.

[22] La question résolue au texte est vivement controversée. Les partisans de l'opinion contraire se fondent sur les deux derniers alinéas de l'art. 599 pour refuser à l'usufruitier, non-seulement tout droit à indemnité à raison des constructions qu'il aurait faites, mais même la faculté d'enlever ces constructions. A notre avis, cette opinion ne repose que sur une extension exagérée donnée au mot *améliorations*, employé par l'article précité. Si, dans certaines dispositions du Code, par exemple dans les art. 861, 1437, 1634, 2133 et 2175, cette expression comprend *a fortiori*, et d'après l'esprit même de la loi, les constructions nouvelles, ce n'est pas une raison pour dire qu'il en est de même dans l'art. 599. La disposition de cet article, dérogeant à la règle d'équité *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari*, doit être restreinte aux travaux qui constituent des améliorations dans le sens propre du mot, c'est-à-dire aux ouvrages exécutés dans un fonds de terre ou dans une maison, pour les mettre en meilleur état et pour en augmenter le revenu ou l'agrément. *Dictionnaire de l'Académie*, vo Amélioration. De pareils ouvrages, s'identifiant avec le fonds de terre ou le bâtiment dans lesquels ils ont été exécutés, n'en changent pas la nature propre et constitutive. Mais il en est autrement des constructions nouvelles dont l'exécution a pour résultat de créer une chose distincte du fonds sur lequel elles ont été élevées, et qui, par cela même, ne sauraient être considérées comme de simples améliorations. Du reste, il résulte de ces observations mêmes que nous considérerions comme des améliorations dans le sens de l'art. 599, des changements ou additions faits à des bâtiments déjà existants, quelle qu'en fût d'ailleurs l'importance. Notre opinion, ainsi expliquée et précisée, est conforme à l'esprit de l'art. 599, dont le motif principal a été d'éviter les difficultés qui s'élèveraient presque toujours sur la réalité et la valeur des améliorations que l'usufruitier prétendrait avoir faites, et qui ne sont guère de nature à se présenter quand il s'agit de constructions nouvelles. Cpr. *Discussion au Conseil d'État* et *Discours de Gary au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, VIII, p. 250, no 4 ;

plantations par lui faites, ni réclamer à ce sujet aucune indemnité[23].

Enfin, le législateur ne parait pas non plus avoir eu en vue dans l'art. 555 l'hypothèse, assez fréquente du reste, où le propriétaire d'un fonds aurait, en dépassant les limites de ce fonds, étendu ses constructions sur l'héritage voisin. Dans cette hypothèse, le voisin est toujours autorisé à demander la démolition de la partie des constructions qui anticipe sur son héritage, sans qu'il y ait à distinguer entre le cas où l'empiétement a été commis de mauvaise foi, et celui où il serait le résultat d'une simple erreur sur les limites[24].

p. 289, n° 11). Nous ajouterons que, si en Droit romain l'usufruitier ne pouvait, ni enlever les constructions par lui faites, ni réclamer d'indemnité, cela était conséquent au principal général, d'après lequel l'un et l'autre de ces droits étaient refusés à tous ceux qui avaient sciemment élevé des constructions sur le sol d'autrui. Voy. § 30, *Inst. de rer. div.* (2, 1); L. 7, § 12, D. *de acq. rer. dom.* (41, 1); L. 15, *proe.*, D. *de usufr.* (7, 1). Mais, ce principe ayant été rejeté par l'art. 555, on ne peut plus aujourd'hui tirer aucun argument des dispositions des lois romaines précitées. Nous en dirons tout autant de l'opinion de Pothier (*Du douaire*, n° 277), qui écrivait sous l'influence des idées romaines. Voy. en ce sens : Delvincourt, I, part. II, p. 360 ; Duranton, IV, 379 ; Duvergier, sur Toullier, III, 427, note *a*; Marcadé, sur l'art. 555, n° 6 ; Taulier, II, p. 315 ; Demolombe, IX, 695 et 696. Cpr. Colmar, 13 janvier 1831, Sir., 31, 2, 180. Voy. en sens contraire : Toullier, III, 427 ; Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1437 et 1441 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 190 et 192 ; Pont, *Des priviléges et des hypothèques*, I, 635 ; Bourges, 24 février 1837, Sir., 38, 2, 108 ; et les motifs d'un arrêt de la Cour de Colmar du 18 mars 1853, Sir., 54, 2, 624. Cpr. Civ. rej., 23 mars 1825, Sir., 25, 1, 414. Cet arrêt n'est pas contraire à notre sentiment : dans l'espèce sur laquelle il a statué, il s'agissait d'ouvrages qui pouvaient être considérés comme des additions à des constructions préexistantes.

[23] Nous croyons devoir nous écarter sur ce point de l'opinion des auteurs que nous avons cités, à la note précédente, à l'appui de notre manière de voir sur la question relative aux constructions nouvelles élevées par l'usufruitier. Des plantations faites dans un fonds n'ayant pas pour résultat de créer une chose véritablement distincte de ce fonds, et ne constituant qu'un mode d'exploitation ou de jouissance destiné à en augmenter le revenu ou l'agrément, forment, d'après nous, de simples améliorations dans le sens de l'art. 599.

[24] Suivant M. Demolombe (IX, 691 *ter*), la solution donnée au texte ne doit être admise que pour le cas où l'anticipation a été commise de mauvaise foi. Au cas contraire, le propriétaire du sol sur lequel l'empiétement a eu lieu, deviendrait propriétaire de la partie du bâtiment assise sur ce sol; et, à défaut d'entente entre les parties, il y aurait lieu à licitation de ce bâtiment dans la proportion de leurs droits respectifs. Outre que cet expédient paraît peu pratique, à raison des difficultés auquel il donnerait lieu, nous le regardons comme inadmissible en Droit, puisqu'il ne peut être question de licitation que lorsqu'il existe une véritable in-

§ 205.

3. *De l'accession d'un meuble à un meuble.*

Cette matière, à laquelle les jurisconsultes romains avaient donné de grands développements, ne présente aujourd'hui qu'un intérêt pratique fort restreint, en présence de la maxime *En fait de meubles, possession vaut titre.* Ce n'est, en effet, que dans les cas où cette maxime cesse de recevoir application, qu'il y a lieu de recourir aux dispositions des art. 565 et suivants, sur le droit d'accession en matière mobilière.

D'un autre côté, les dispositions de ces articles sont étrangères à l'hypothèse où la réunion de deux choses mobilières, appartenant à des propriétaires différents, a été opérée de leur commun accord, le sort de la chose ainsi formée se trouvant alors réglé par la convention des parties.

L'accession d'une chose mobilière à une autre chose mobilière peut se réaliser sous trois formes principales, savoir : l'adjonction, la spécification, et le mélange ou la confusion.

L'adjonction est la réunion de deux choses, appartenant à différents maîtres, en un seul tout, dont chacune de ces choses forme cependant une partie distincte et reconnaissable. Elle est réglée par les art. 566 [1] à 569, aux termes desquels le propriétaire de la

division, ce qui ne se rencontre pas dans l'espèce. A notre avis, celui qui, en l'absence de limites certaines et reconnues, étend ses constructions sur un terrain dont, par suite d'un bornage ultérieur, la propriété est reconnue appartenir au voisin, se rend tout au moins coupable d'une grave imprudence, et ne saurait trouver d'excuse dans sa prétendue bonne foi. Il ne pouvait ignorer qu'il restait soumis à une action en bornage, et devait, avant de commencer ses constructions, provoquer lui-même la délimitation. Cpr. Civ. cass., 23 avril 1823, Sir., 23, 1, 381; Civ. cass., 26 juillet 1841, Sir., 41, 1, 836.

[1] La rédaction de l'art. 566 laisse à désirer. Les termes *sont néanmoins séparables* n'expriment pas nettement la pensée du législateur, et présentent même une espèce de contre-sens au point de vue de la règle posée par cet article, dont l'esprit est évidemment de ne pas subordonner le droit d'accession à l'impossibilité de la séparation. Il fallait donc dire *quoique séparables*, et non pas *sont néanmoins séparables*. Au fond, cette disposition est contraire à celle du Droit romain, qui, tout en refusant au propriétaire de la chose accessoire le droit de la revendiquer *de plano*, lui accordait cependant, lorsqu'elle pouvait se séparer de la chose principale, la faculté d'agir *ad exhibendum*, pour en obtenir la séparation et pour en exercer ensuite la revendication. L. 23, § 5, D. *de rei vind.* (6, 1). L. 6, et L. 7, §§ 1 et 2, D. *ad exhib.* (10, 4). Le mérite de l'innovation introduite par le Code nous paraît très-contestable. Demolombe, X, 187 à 189.

chose principale devient en général propriétaire du tout, à charge de payer au propriétaire de la chose accessoire la valeur de cette chose. *Accessorium cedit principali.*

La spécification désigne le fait de celui qui a formé une chose d'une espèce nouvelle avec la matière d'autrui. Le propriétaire de la matière a, en général, et sauf l'exception prévue par l'art. 571, le droit, soit de réclamer la propriété de la chose nouvellement formée, à la charge de rembourser le prix de la main d'œuvre[2], soit de demander le remboursement du prix de sa matière, ou la restitution d'une égale quantité de matière de même nature et bonté. Art. 570 et 576.

Le cas spécial où l'auteur de la spécification a employé en partie sa propre matière et en partie celle d'autrui, est réglé par l'art. 572.

Au cas de mélange ou de confusion de matières sèches ou liquides, appartenant à des maîtres différents, et qui ne peuvent plus être séparées sans inconvénient, la chose ainsi formée devient en général, et sauf l'exception indiquée par l'art. 574, commune aux deux parties, dans la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur des matières provenant de chacune d'elles, et doit être licitée à leur profit commun. Art. 573 et 575.

Lorsqu'il se présente des cas d'accession non prévus par les dispositions légales qui viennent d'être analysées, les juges doivent décider les difficultés qu'ils peuvent faire naître suivant les principes de l'équité naturelle, et en prenant pour guide les solutions données par le Code aux hypothèses dont il s'occupe. Art. 565[3].

Du reste, dans toute espèce d'accession, ceux qui ont employé, à l'insu des propriétaires, des matières appartenant à autrui, peu-

[2] Les dispositions des art. 570 et 571 relatifs à la spécification, s'écartent également de l'opinion des proculéiens, suivant lesquels le spécificateur devenait propriétaire de la chose qu'il avait formée; de celle des sabiniens, qui donnaient, dans tous les cas, la préférence au propriétaire de la matière; et enfin de la décision intermédiaire de Justinien, qui, tout en adoptant en principe le sentiment des proculéiens, accordait cependant au maître de la matière la faculté de la revendiquer, lorsqu'il était possible de la ramener à son état primitif. Cpr. § 25, *Inst. de rer. div.* (2, 1). Sur ce point, les dispositions du Code nous paraissent plus équitables et plus pratiques que les solutions données par les jurisconsultes romains et par les *Institutes.*

[3] Malgré la rédaction ambiguë de cet article, on doit tenir pour certain que les juges ne peuvent, dans les cas prévus par la loi, s'écarter des dispositions destinées à les régler, et que c'est seulement dans les hypothèses dont le Code ne s'est pas spécialement occupé, qu'ils sont autorisés à statuer d'après les règles de l'équité naturelle.

vent, selon les circonstances, et indépendamment de la restitution de ces matières ou de leur valeur, être condamnés à des dommages-intérêts, sans préjudice des poursuites criminelles, s'il y échet. Art. 577.

III. *De l'acquisition des fruits perçus par un possesseur de bonne foi.*

§ 206.

1° La propriété d'une chose emportant un droit exclusif aux fruits produits par cette chose, celui qui les a perçus sans y être autorisé en vertu d'un titre opposable au propriétaire, est en général tenu de les lui restituer. La loi fait exception à ce principe en faveur du possesseur de bonne foi, qui acquiert par le seul fait de la perception les fruits qu'il a perçus [1]. Art. 549.

Le possesseur de bonne foi est celui qui possède en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Art. 550. On doit, sous ce rapport, assimiler aux titres translatifs de propriété les titres translatifs ou constitutifs de droits d'usufruit ou d'usage.

Les art. 549 et 550 ont uniquement pour objet de régler les rapports du tiers possesseur de la chose productive de fruits, et du propriétaire de cette chose qui la revendique contre lui. Ils sont étrangers aux hypothèses où une chose doit être rendue par une personne à une autre par suite d'une action en nullité, en rescission, en résolution, ou en restitution. Ces hypothèses sont régies, soit par des règles spéciales [2], soit par le principe que l'annulation, la rescission, ou la résolution d'une convention, remet en général les parties au même et semblable état où elles étaient avant sa formation [3].

[1] Ce bénéfice est accordé au possesseur de bonne foi d'une universalité juridique, comme au possesseur d'un objet particulier. Voy. § 616, texte n° 3 et notes 19 à 21.

[2] Voy. art. 856, 958, 962, 1378 et 1682. Cpr. aussi art. 928 et 1630 ; § 685 *ter*, texte et note 13 ; § 710, texte *in fine*, et note 35.

[3] Art. 1183 et arg. de cet article. Cpr. § 336, texte n° 2 et note 9. Voy. aussi § 302, texte n° 2 et note 37 ; Demolombe, IX, 604 et 609 *bis*. — Il règne à cet égard une grande confusion dans la jurisprudence. Nombre d'arrêts ont fait intervenir les art. 549 et 550 dans des hypothèses qui ne rentrent pas sous leur application, dans les cas, par exemple : d'actions en nullité dirigées contre des ventes de biens immobiliers appartenant à des mineurs (Amiens, 18 juin 1814, Sir., 15, 2, 40. Req. rej., 5 décembre 1826, Sir., 27, 1, 310. Bourges, 11 mars

2° Celui qui possède une chose productive de fruits, en vertu d'un titre translatif de propriété qu'il croit émané du véritable propriétaire, n'est pas pour cela seul de bonne foi, lorsque, d'ailleurs, il a connaissance de tel ou tel autre vice dont son titre est entaché. En d'autres termes, la loi exige du possesseur une bonne foi absolue, c'est-à-dire l'ignorance de tous les vices de son titre sans exception, et non pas seulement une bonne foi relative, consistant uniquement dans la croyance que son auteur était propriétaire de la chose qu'il lui a transmise[4].

On ne saurait donc considérer comme possesseurs de bonne foi: celui qui s'est procuré son titre à l'aide de violence ou de dol[5]; celui qui s'est rendu acquéreur d'une chose dont, à sa connaissance, l'aliénation n'était pas permise[6]; celui qui possède en vertu d'un titre qu'il sait être prohibé par la loi, ou manquer des formes prescrites pour sa validité[7]; ni, en général, celui qui a sciemment acquis d'un incapable[8].

Toutefois, celui qui aurait acheté, soit d'un mineur ou du tuteur d'une personne judiciairement interdite, sans accomplissement des formalités prescrites par la loi, soit d'une femme mariée non autorisée, pourrait exceptionnellement avoir été de bonne foi, malgré la connaissance de l'irrégularité de son titre, si, la vente ayant été passée dans l'intérêt bien entendu de l'incapable, il avait eu des motifs plausibles de croire qu'elle serait confirmée[9].

1837, Sir., 38, 2, 75); d'actions en rescission pour cause de lésion (Civ. cass., 8 février 1830, Sir., 30, 1, 94. Civ. cass., 15 décembre 1830, Sir., 31, 1, 33); d'actions en résolution de vente pour défaut de paiement de prix (Rouen, 28 décembre 1857, Sir., 58, 2, 76); et d'actions en répétition de l'indû (Req. rej., 4 août 1857, Sir., 60, 1, 33). Quoique la plupart de ces arrêts aient été bien rendus au fond, ils ne sont pas moins criticables au point de vue des saines doctrines.

[4] L'art. 550 n'établit aucune distinction entre les différents vices dont le titre peut être entaché, et fait consister la bonne foi dans l'ignorance de tous ces vices.

[5] Taulier, II, p. 264. Demolombe, IX, 606.

[6] Par exemple d'un immeuble dotal. Riom, 26 juin 1839, Sir., 40, 2, 145. Req. rej., 3 avril 1845, Sir., 45, 1, 423. Cpr. Civ. cass., 12 mai 1840, Sir., 40, 1, 668.

[7] Il en est ainsi notamment de celui qui, possédant en vertu d'une substitution prohibée ou par donation faite sous seing privé, connaît le vice de son titre. Taulier, II, p. 263 et 264. Demolombe, IX, 608.

[8] Duranton, IV, 353. Taulier, II, p. 262. Demolombe, IX, 604. Bourges, 11 mai 1837, Sir., 38, 2, 75.

[9] Cpr. Demolombe, *loc. cit.*; Amiens, 18 juin 1814, Sir., 15, 2, 40; Req. rej., 5 décembre 1826, Sir., 27, 1, 310.

La bonne foi peut exister quelle que soit la nature des vices dont le titre du possesseur se trouve entaché. Il n'y a à cet égard aucune différence à faire entre les vices de fond ou de forme [10], ni entre ceux qui entraînent une nullité relative ou une nullité absolue.

D'un autre côté, la bonne foi peut non-seulement résulter d'une erreur de fait, mais aussi d'une erreur de droit [11], pourvu que cette erreur soit clairement établie. La question de bonne foi, c'est-à-dire celle de savoir si le possesseur ignorait les vices de son titre, est toujours une pure question de fait, qui doit être décidée d'après les circonstances particulières de chaque espèce, et eu égard à la condition personnelle du possesseur [12].

3° En matière de perception de fruits, le titre n'est pas exigé comme condition distincte de la bonne foi, mais seulement comme élément ou comme moyen de preuve de cette dernière, et par le motif qu'en général la bonne foi ne saurait se présumer de la part de celui qui possède sans titre. On doit en conclure que le titre putatif équivaut dans cette matière à un titre réellement existant [13].

[10] *Non obstat* art. 2267. Si le titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à l'usucapion de dix à vingt ans, la raison en est qu'en matière de prescription, le titre est exigé comme une condition distincte de la bonne foi, et que la loi a assimilé la nullité extrinsèque du titre à l'absence de titre. En fait de perception de fruits, au contraire, le titre n'est exigé que comme élément de preuve de la bonne foi ; et la nullité du titre pour défaut de forme, n'est pas nécessairement exclusive de la bonne foi. Duranton, IV, 352. Marcadé, sur l'art. 550, n° 1. Demolombe, IX, 608. Douai, 7 mai 1819, Sir., 20, 2, 127. Toulouse, 6 juillet 1821, Sir., 22, 2, 207. Angers, 9 mars 1825, Sir., 26, 2, 181. Lyon, 29 novembre 1828, Dalloz, 1829, 2, 35. Voy. cep. Taulier, II, p. 363.

[11] Cpr. § 28, texte *in fine*, notes 6 et 7. Marcadé, sur l'art. 550, n° 2. Demante, *Cours*, II, 385 *bis*, IV. Demolombe, IX, 609. Dijon, 7 janvier 1817, Sir., 17, 2, 357. Riom, 4 juin 1847, Sir., 47, 2, 467. Rennes, 19 mai 1849, Sir., 50, 2, 609. Voy. en sens contraire : De Fréminville, *De la minorité*, II, 663 ; Taulier, II, p. 262 ; Bourges, 28 août 1832, Sir., 34, 2, 38 ; Civ. cass., 11 janvier 1843, 1, 149 ; Req. rej., 30 novembre 1853, Sir., 54, 1, 27.

[12] L'erreur du juge dans la solution de cette question ne constitue qu'un mal jugé, et ne donne pas ouverture à cassation. Duranton, IV, 358. Demolombe, IX, 610. Civ. rej. 23 mars 1824, Sir., 25, 1. 79. Req. rej., 13 décembre 1830, Sir., 31, 1, 24. — Il est toutefois à remarquer que, dans le système d'après lequel la bonne foi ne pourrait jamais être admise sous prétexte d'une erreur de droit, la décision qui aurait jugé le contraire serait sujette à cassation. Cpr. Civ. cass., 11 janvier 1843, Sir., 43, 1, 149.

[13] La rédaction de l'art. 550, comparée à celle de l'art. 2265, fait clairement ressortir que, si, en matière d'usucapion par dix à vingt ans, le titre est exigé

Cette proposition conduit à reconnaître que celui qui possède, en vertu d'un titre translatif de propriété, une chose qu'il croit lui appartenir en vertu de ce titre, bien qu'en réalité il ne s'y applique pas, peut être considéré comme possesseur de bonne foi. C'est ce qui a lieu, par exemple, pour l'héritier, ou pour l'adjudicataire sur saisie immobilière, qui a pris possession d'immeubles qu'il croyait dépendre de la succession, ou avoir été compris dans l'adjudication [14].

Il résulte également de la proposition ci-dessus énoncée, que celui qui est persuadé de l'existence à son profit d'un titre translatif de propriété, peut être réputé posséder de bonne foi, bien que ce titre n'ait jamais existé, ou qu'il ait été anéanti. C'est ainsi que le parent qui se croit appelé par la loi à recueillir une succession légalement dévolue à une autre personne, et le légataire institué par un testament faux ou révoqué dont il ignorait la fausseté ou la révocation, sont à considérer comme possesseurs de bonne foi [15].

Dans les hypothèses où le possesseur ne peut invoquer qu'un titre putatif, il est tenu de justifier de sa bonne foi, en prouvant qu'il avait des raisons plausibles et suffisantes pour croire à l'existence d'un titre à son profit, ou pour étendre son titre à la chose possédée. Lors, au contraire, que le possesseur produit un titre translatif de propriété qui s'applique réellement à cette chose, il faut distinguer si, pour établir sa bonne foi, il invoque une erreur de fait, ou une erreur de droit. Au premier cas, il est, jusqu'à preuve du contraire, présumé avoir ignoré les vices dont son titre est entaché. Au second cas, il doit, pour repousser l'application de la règle *Nemo jus ignorare censetur*, justifier de l'erreur dans laquelle il se trouvait [16].

En tout état de cause, le possesseur ne peut être condamné à la restitution des fruits perçus antérieurement à la demande,

comme condition distincte et indépendante de la bonne foi, il en est autrement en matière de perception de fruits. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 100. Demolombe, IX, 596 et 602. Angers, 9 mars 1825, Sir., 26, 2, 131.

[14] Req. rej., 8 février 1837, Sir., 37, 1, 729. Douai, 15 mai 1847, Sir., 47, 2, 564. Voy. aussi les arrêts cités à la note 18 *infra*. Cpr. Req. rej., 4 avril 1851, Sir., 51, 1, 809.

[15] Civ. cass., 18 août 1830, Sir., 30, 1, 312. Civ. rej., 7 juin 1837, Sir., 37, 1, 581 et 586. Colmar, 18 janvier 1850, Sir., 51, 2, 533. Voy. aussi les arrêts cités à la note 19 du § 616.

[16] Cpr. Demolombe, IX, 615.

qu'autant que le jugement constate formellement sa mauvaise foi [17].

4° La bonne foi doit être exclusivement appréciée dans la personne du possesseur, qui prétend avoir fait siens les fruits par lui perçus, sans égard à la possession de son auteur ; de telle sorte que le successeur, même à titre universel, d'un possesseur de mauvaise foi, doit être réputé de bonne foi, lorsqu'il ignore les vices du titre de son auteur [18], et que, réciproquement, le succes-

[17] La simple déclaration que le possesseur a possédé indûment ne suffirait pas. Civ. cass., 8 février 1830, Sir., 30, 1, 94. Civ. cass., 24 février 1834, Sir., 34, 1, 78. Civ. cass., 25 mars 1835, Sir., 35, 1, 529. Civ. cass., 24 juillet 1839, Sir., 39, 1, 653. Civ. cass., 12 mai 1840, Sir., 40, 1, 668. Civ. cass., 7 janvier 1861, Sir., 61, 1, 432. Voy. cep. Req. rej., 30 novembre 1853, Sir., 54, 1, 24. Dans l'espèce de cet arrêt, le possesseur se fondait sur une substitution prohibée, et la Cour de cassation a décidé qu'il avait pu et dû être condamné à la restitution des fruits par cela seul que son titre était contraire à la loi. Cet arrêt est une conséquence de la doctrine d'après laquelle l'erreur de droit ne pourrait jamais fonder la bonne foi.

[18] Au soutien de l'opinion contraire, on a dit que la possession du défunt se continue, avec le vice de mauvaise foi, dans la personne du successeur universel; et qu'il en est ainsi même en matière de perception de fruits, comme le prouve la loi 2 au Code *de fruct. et lit. exp.* (7, 51) ; que d'ailleurs, en admettant que le successeur universel gagnât les fruits à raison de sa bonne foi personnelle, il n'en serait pas moins obligé de les restituer, comme tenu de tous les faits de son auteur, et spécialement des obligations qui incombaient à ce dernier à raison de son indue possession. Mais cette double argumentation ne nous paraît nullement fondée. Si le successeur universel d'un possesseur de mauvaise foi ne peut, malgré sa bonne foi personnelle, se prévaloir de l'usucapion par dix à vingt ans, la raison en est que, d'une part, cette usucapion exige une bonne foi concomitante à l'acquisition, et que, d'autre part, la vocation à la succession n'est un titre translatif que pour les choses dont le défunt était propriétaire. En ce sens et au point de vue de l'usucapion, il est vrai de dire que la mauvaise foi de l'auteur se continue dans la personne de son successeur universel. Mais il en est tout autrement en matière de perception de fruits. En effet, la dispense de restituer les fruits étant accordée à toute personne qui les a perçus de bonne foi, même en vertu d'un titre simplement putatif, rien n'empêche que le successeur universel, possesseur de bonne foi, ne puisse de son propre chef invoquer ce bénéfice quant aux fruits par lui perçus. La loi 2 au Code *de fruct. et lit. exp.* n'est aucunement contraire à cette doctrine, puisqu'elle ne s'occupe que des fruits perçus depuis la demande (*post conventionem*), et qu'il n'est pas douteux que, sous ce rapport, l'héritier ne succède à l'obligation de restitution née dans la personne de son auteur par l'effet du contrat judiciaire. Quant au second argument, il part d'une idée qui nous paraît beaucoup trop absolue, en tant qu'elle tendrait à rendre le possesseur de mauvaise foi responsable des suites de son indue possession, même postérieures à son décès. Qu'un tel possesseur soit tenu

seur, même à titre particulier, d'un possesseur de bonne foi est à considérer comme possédant de mauvaise foi, lorsqu'il connaît les vices dont le titre de ce dernier est entaché.

5° La bonne foi doit accompagner chaque fait de perception. Si donc le possesseur, de bonne foi dans l'origine, avait cessé de l'être, il devrait la restitution des fruits par lui perçus depuis la cessation de sa bonne foi [19].

Le possesseur cesse d'être de bonne foi dès qu'il obtient connaissance des vices de son titre, soit par l'effet d'une demande

de restituer non-seulement les fruits par lui perçus, mais encore ceux qu'a recueillis un tiers auquel il aurait transmis la possession par dol, cela se comprend. Mais on ne comprendrait pas que l'obligation de restituer des fruits qui ne seront perçus qu'après le décès du possesseur de mauvaise foi, préexistât dans sa personne et se transmît à son héritier, alors que la cessation de sa possession, suite naturelle de ce décès, ne se trouve entachée d'aucune espèce de dol. Duranton, IV, 357. Hennequin, II, p. 229. Marcadé, sur l'art. 550, n° 2. Chavot, *De la propriété mobilière*, II, 479. Taulier, II, p. 263. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 101. Demante, II, 385 *bis*, VIII. Demolombe, IX, 612 à 614. Douai, 1er juillet 1840, Sir., 40, 2, 488. Douai, 15 mai 1847, Sir., 47, 2, 564. Civ. cass., 24 mai 1848, Sir., 49, 1, 125. Orléans, 11 janvier 1849, Sir., 49, 2, 139. Voy. en sens contraire : Domat, *Lois civiles*, part. I, liv. III, tit. V, n° 14 ; Pothier, *De la propriété*, n° 336 ; Delvincourt, II, part. II, p. 10 et 11; Proudhon, *Du domaine privé*, II, 551; Coulon, *Quest. de droit*, III, p. 399. Cpr. Caen, 25 juillet 1826, Dalloz, 1828, 2, 151 ; Req. rej., 10 mai 1857, Sir., 58, 1, 59. Ces deux arrêts, bien que cités ordinairement en sens contraire de l'opinion que nous avons émise, ne la contredisent cependant pas. Le premier statue sur des fruits perçus par des héritiers dans le cours d'une instance engagée contre leur auteur, et vidée avec eux. Cpr. texte n° 5, notes 21 et 23 *infra*. Le second a été rendu sur une demande en restitution de l'indu, c'est-à-dire dans une espèce où il s'était formé entre le demandeur et le défunt un quasi-contrat, en vertu duquel ce dernier, ayant reçu de mauvaise foi une somme qui ne lui était pas due, se trouvait soumis à l'obligation de la restituer avec intérêts, obligation qui, comme tout autre engagement du défunt, devait passer à ses héritiers avec tous ses effets. Cpr. notes 2 et 3 *supra*.

[19] En matière d'usucapion par dix à vingt ans, il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition. Art. 2269. *Mala fides superveniens non nocet.* La raison en est que la prescription acquisitive repose sur la possession, c'est-à-dire sur un état de choses permanent, dont le caractère se détermine en général d'une manière invariable, d'après les circonstances qui en ont accompagné l'origine. L'acquisition des fruits repose, au contraire, sur une perception opérée de bonne foi. Or chaque acte de perception constituant un fait isolé, dont le caractère est indépendant de celui des perceptions antérieures, il en résulte que le possesseur ne saurait, pour se dispenser de la restitution des fruits qu'il a perçus depuis la survenance de la mauvaise foi, se prévaloir de sa bonne foi originaire. Cpr. L. 23. § 1, et L. 48, § 1, D. *de acq. rer. dom.* (41, 1),

judiciaire ou d'une sommation extrajudiciaire, soit de toute autre manière [20]. Art. 550, al. 2.

Du reste, le possesseur doit toujours être condamné à la restitution des fruits du jour de la demande. Il n'y a sous ce rapport aucune différence à faire entre le possesseur qui aurait acquis, par la demande dirigée contre lui, la connaissance des vices de son titre, et celui qui, [malgré [cette demande, serait resté de bonne foi [21].

Le possesseur doit restituer les fruits à partir du jour de la demande, alors même qu'il a obtenu gain de cause en première instance et en appel, et que la condamnation en délaissement n'est intervenue qu'après la cassation ou la rétractation sur requête civile d'une décision primitivement rendue en sa faveur [22].

[20] Dans notre ancienne jurisprudence, on n'était pas d'accord sur le point de savoir si le possesseur pouvait être constitué en mauvaise foi autrement que par une demande libellée. Cpr. Ordonnance de 1539, art. 94; Rousseau de la Combe, v° Fruits, sect. I; Pothier, *De la propriété*, n° 342. Mais la solution affirmative nous paraît aujourd'hui incontestable en présence du second alinéa de l'art. 550. C'est aux tribunaux qu'il appartient de décider, en pur point de fait, si, et à partir de quel moment, le possesseur a cessé d'être de bonne foi, en acquérant, n'importe par quelle voie, la connaissance des vices de son titre. Toullier, III, 76. Duranton, IV, 362. Taulier, II, p. 265. Demante, *Cours*, II, 385 *bis*, VIII. Demolombe, IX, 630. Bordeaux, 14 août 1809, Sir., XI, 2, 85. Civ. rej., 23 décembre 1840, Sir., 41, 1, 136.

[21] L'obligation pour le possesseur, de bonne ou de mauvaise foi, de restituer les fruits à partir de la demande, est une conséquence du caractère simplement déclaratif des jugements, et de leur effet rétroactif entre les parties au jour même de la demande. Le contrat judiciaire ne recevrait pas sa complète exécution, si la chose devenue litigieuse n'était pas restituée avec tous les fruits perçus par le défendeur pendant l'instance. Cpr. Demolombe, IX, 632. On exprime ordinairement la proposition énoncée au texte, en disant que le possesseur doit nécessairement être réputé de mauvaise foi à partir de la demande. Cpr. Civ. cass., 8 mars 1852, Sir., 52, 1, 497; Paris, 30 avril 1859, Sir., 60, 2, 655. Mais cette formule n'est pas exacte : d'une part, en effet, il n'existe aucune disposition qui attache une présomption légale de mauvaise foi à la demande formée contre le défendeur; et, d'autre part, il se peut que de fait il ait, malgré la demande, conservé l'entière conviction de la légitimité de sa possession.

[22] Cette proposition n'est qu'une conséquence des explications données à la note précédente. Req. rej., 3 juin 1839, Sir., 39, 1, 477. Voy. cep. Paris, 18 juillet 1835, Sir., 35, 2, 403. M, Demolombe, tout en admettant en principe la proposition émise au texte, y apporte cependant une exception pour le cas où la décision rendue au profit du possesseur aurait été rétractée sur requête civile, en vertu de moyens autres que le dol personnel du défendeur. Mais cette exception, en faveur de laquelle pourraient, selon les circonstances, militer des considérations d'équité, ne nous paraît pas conciliable avec l'effet rétroactif de la requête civile.

Les propositions précédentes s'appliquent également aux héritiers qui seraient condamnés au délaissement par suite d'une instance engagée avec leur auteur [23].

Si le délaissement n'avait été ordonné que par suite d'une seconde demande, introduite après une première instance abandonnée par désistement ou tombée en péremption, le possesseur ne devrait les fruits qu'à partir de la seconde demande, en supposant, bien entendu, qu'il eût continué à être de bonne foi malgré la première [24].

6° Le possesseur de bonne foi n'acquiert que les fruits naturels ou civils qui ont été produits ou qui ont couru pendant la durée de sa possession [25]; et il ne les fait siens que par une perception effective.

Ainsi, d'une part, il ne peut retenir ni les fruits civils échus avant son entrée en possession, qu'il aurait perçus en vertu d'une cession à lui passée par un possesseur de mauvaise foi, ni les fruits civils qui n'ont couru que depuis la demande en revendication formée contre lui, et qu'il aurait perçus par anticipation.

Ainsi, d'autre part, le possesseur de bonne foi n'acquiert pas, comme l'usufruitier, les fruits civils jour par jour; il ne les acquiert même pas par le seul fait de leur échéance, et ne les fait siens que par la perception [26]. Il n'a donc aucun droit aux fruits

[23] Cpr. note 18 *supra*, *in fine*. Caen, 25 juillet 1826, Dalloz, 1828, 2, 151.

[24] Pothier, *De la propriété*, n° 342. Duranton, IV, 362. Demolombe, IX, 636.

[25] En effet, l'art. 549, en attribuant au possesseur de bonne foi les fruits qu'il a perçus, n'a eu évidemment en vue que les fruits qui ont été produits ou qui ont couru pendant la durée de sa possession, de même que l'art. 547, en disant que les fruits appartiennent au propriétaire, n'a entendu parler que des fruits qui ont été produits ou qui ont couru pendant la durée de son droit de propriété. Demolombe, IX, 629. — Il est toutefois à remarquer que celui qui a pris possession des biens d'une succession à laquelle il se croyait appelé, doit, en vertu de l'effet rétroactif de l'acceptation, être réputé les avoir possédés du jour même de l'ouverture de cette succession, et qu'ainsi il a droit non-seulement aux fruits qu'il a perçus lui-même depuis sa prise de possession effective, mais encore à ceux qu'il est censé avoir perçus antérieurement par l'intermédiaire de la personne chargée de l'administration de la succession. Paris, 5 juillet 1834, Dalloz, 1834, 2, 217. Civ. rej., 7 juin 1837, Dalloz, 1837, 1, 363 et 364. Paris, 13 avril 1848, Sir., 48, 2, 213. C'est à tort, selon nous, que M. Domolombe critique la décision de ces arrêts, en les citant comme contraires à l'opinion émise au texte.

[26] L'art. 586, d'après lequel les fruits civils s'acquièrent jour par jour, n'a spécialement pour objet que le règlement des rapports de l'usufruitier et du nu-propriétaire; et si nous avons cru devoir en étendre les dispositions au cas où

civils de l'année courante, ni même à ceux des années précédentes qu'il n'aurait pas perçus. Si cependant les débiteurs de ces fruits s'en étaient reconnus redevables envers lui, ou s'il les avait cédés à un tiers, il devrait être considéré comme les ayant réellement perçus [27].

Le possesseur de bonne foi fait siens par la perception tous les fruits naturels ou civils proprement dits, ainsi que les produits ou émoluments qui y sont assimilés, d'après les règles établies au titre *de l'usufruit* et développées au § 192. Il est donc autorisé à retenir les produits des coupes ordinaires de taillis ou de futaies aménagées, ceux des mines, minières, carrières et tourbières qui se trouvaient déjà en exploitation lors de son entrée en possession [28], ainsi que les émoluments d'un usufruit ou d'une rente viagère [29].

deux personnes viennent à succéder l'une à l'autre dans la propriété, c'est par la raison que les deux propriétaires successifs ont chacun, comme l'usufruitier et le nu-propriétaire, un droit aux fruits préexistant à leur perception. Mais il n'en est plus ainsi du simple possesseur même de bonne foi, qui, en cette seule qualité, n'a aucun droit aux fruits. Son titre d'acquisition ne reposant que sur le fait de la perception, on ne pourrait lui allouer des fruits civils qu'il n'aurait pas perçus, qu'en étendant arbitrairement la disposition de l'art. 586, et en créant une présomption de perception qui ne se trouve pas même implicitement consacrée par cet article, dans lequel il n'est question que d'un règlement de droits, indépendant de toute perception. Les précédents historiques viennent également à l'appui de cette manière de voir. Le Droit romain ne laissait au possesseur de bonne foi que les fruits qu'il avait consommés, en partant de l'idée que la restitution des fruits encore existants n'était point pour lui une cause d'appauvrissement. Il est vrai que, dans la vue d'éviter les difficultés que présentait la vérification du fait de la consommation des fruits par le possesseur, les rédacteurs du Code, à l'exemple de l'ancienne jurisprudence française, l'ont dispensé de restituer tous les fruits par lui perçus, sans distinction ; mais en cela ils n'ont fait que modifier l'application du principe tel qu'il avait été admis par le Droit romain, et rien ne permet de supposer qu'ils aient voulu établir un principe tout nouveau, en accordant au possesseur le droit de réclamer des fruits qu'il n'aurait pas perçus. Enfin, le texte de l'art. 549 corrobore encore cette solution : en disant que, lorsque le possesseur n'est pas de bonne foi, il est tenu *de rendre* tous les fruits, cet article donne clairement à entendre que le possesseur de bonne foi est simplement autorisé *à garder* les fruits qu'il a perçus. Taulier, II, p. 265. Demolombe, IX, 627 et 628. Req. rej., 30 juin 1840, Sir., 40, 1, 884. Caen, 26 février 1847, Sir., 48, 2, 213, Voy. en sens contraire : Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. V, sect. III, nº 8 ; Zachariæ, § 201.

[27] Demolombe, IX, 628.

[28] Cpr. art. 590, 591 et 598. Demolombe, IX, 621.

[29] Arg. art. 688 et 1568. Demolombe, IX, 623 et 624. Cpr. Douai, 7 mai 1819, Sir., 20, 1, 127.

Mais il n'acquiert pas la propriété des émoluments qui n'ont pas le caractère de fruits. Il est donc, malgré sa bonne foi, tenu de restituer les produits des coupes extraordinaires de taillis ou de futaies faites en dehors d'un aménagement régulier, ceux des mines, minières, carrières, ou tourbières non encore ouvertes lors de son entrée en possession [30], ainsi que la moitié du trésor réservée au propriétaire du fonds dans lequel il a été trouvé, et même la totalité du trésor qu'il aurait découvert à l'aide de recherches faites dans ce but [31].

IV. *De l'acquisition de la propriété par l'effet des conventions* [1].

§ 207.

Aperçu historique.

En Droit romain, les conventions qui, telles que la vente ou la donation, ont pour objet la transmission de la propriété mobilière

[30] Ces solutions sont généralement admises ; elles n'ont été contestées que par Marcadé (sur l'art. 549, n° 2), qui, ne voyant dans l'art. 549 qu'une application spéciale de l'art. 2279, accorde au possesseur de bonne foi non-seulement les fruits par lui perçus, mais encore tous les produits mobiliers qu'il a tirés de l'immeuble revendiqué. Peu de mots suffiront pour réfuter ce paradoxe. Et d'abord, le point de vue auquel se place Marcadé est historiquement faux, puisque la règle que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens, était admise dans notre ancienne jurisprudence bien antérieurement à l'époque où, par un retour aux errements des lois des barbares et de nos premières coutumes, la pratique judiciaire consacra la maxime *En fait de meubles, possession vaut titre.* Cpr. § 183, note 3. Aussi ne trouve-t-on, dans les travaux préparatoires du Code, aucune indication qui autorise à rattacher la disposition de l'art. 549 à celle de l'art. 2279. L'opinion que nous combattons repose, en second lieu, sur une extension évidemment erronée de ce dernier article, qui ne s'occupe que de l'action en revendication de choses mobilières, réclamées d'une manière principale, à une hypothèse qu'il n'a pas eu en vue de régler, c'est-à-dire à l'hypothèse d'une demande en restitution de fruits et produits d'un immeuble, formée accessoirement à la revendication de cet immeuble. La restitution d'un immeuble revendiqué doit, en principe, avoir lieu *cum omni causa ;* et si le possesseur de bonne foi est, en vertu de la disposition spéciale de l'art. 549, autorisé à retenir les fruits qu'il a perçus, c'est là un bénéfice de la loi qu'il n'est pas permis d'étendre à des objets qui n'ont pas le caractère de fruits. Voy. en ce sens : Duranton, IV, 350 ; Chavot, *De la propriété mobilière*, II, 473 et 474 ; Rivière, *Revue de législation*, 1851, III, p. 316 et suiv. ; Demolombe, IX, 622, et XIII, 47 ; Req. rej., 8 décembre 1836, Sir., 36, 1, 76.

[31] Cpr. § 201, texte et note 26.

[1] BIBLIOGRAPHIE. *Étude historique et critique sur la transmission de la propriété par actes entre vifs*, par Hureaux, *Revue de Droit français et étranger*,

ou immobilière, ne l'opéraient point par elles-mêmes, et ne produisaient cet effet, soit à l'égard des tiers, soit même entre les parties, qu'au moyen de la tradition faite en exécution de ces conventions. Jusque-là, l'acquéreur ou le donataire ne jouissait que d'une action personnelle en délivrance (*jus ad rem*) contre le vendeur ou le donateur, qui restait investi de la propriété (*jus in re*). Il en résultait entre autres que, tant que la tradition n'avait point été faite, les créanciers de ces derniers pouvaient valablement poursuivre leurs droits sur la chose vendue ou donnée, et que, dans le cas de deux ventes successives de la même chose, la préférence était due à celui des acquéreurs qui avait obtenu la tradition, bien que son titre fût postérieur en date [2].

Ces principes, admis en théorie dans les pays de Droit écrit et même dans la majeure partie des pays coutumiers, avaient été profondément modifiés, du moins en matière immobilière, par les effets que la pratique, d'accord avec les dispositions de quelques coutumes, attachait à la clause de *désaisine-saisine* insérée dans les actes notariés, en assimilant la simple déclaration de tradition, résultant de cette clause, à la tradition du Droit romain, qui supposait un déplacement réel de la possession [3].

1846, III, p. 678, 765, 841, 897, et 1847, IV, p. 89. *Observations sur le projet de loi portant rétablissement de la transcription*, par Duverdy, *Revue historique*, 1855, I, p. 97. *Nouvelles observations sur la loi relative à la transcription*, par Humbert, *Revue historique*, 1855, I, p. 464. *Commentaire de la loi sur la transcription*, par Lemarcis, Paris 1855, broch. in-8°. *Exposé des règles de Droit civil résultant de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription*, par Bressolles, Toulouse 1856, broch. in-8°. *Explication de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription*, par Rivière et François, Paris 1855, broch. in-8°. *Questions théoriques et pratiques sur la transcription*, par Rivière et Huguet, Paris 1856, 1 vol. in-8°. *Commentaire théorique et pratique de la loi du 23 mars 1855*, par Lesenne, Paris 1856, broch. in-8°. *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, par Troplong, Paris 1856, 1 vol. in-8°. *Études sur la loi de la transcription*, par Ducruet, Paris 1856, broch. in-8°. *Précis sur la transcription*, par Fons, Paris 1857, broch. in-12. *De la transcription en matière hypothécaire*, par Flandin, Paris 1861, 2 vol. in-8°. *Traité théorique et pratique de la transcription*, par Mourlon, Paris 1862, 2 vol. in-8°. *Résumé de doctrine et de jurisprudence sur la transcription hypothécaire*, par Gauthier, Paris 1862, broch. in-8°.

[2] *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* L. 20, C. *de pact.* (2, 3). *Quotiens duobus in solidum prædium jure distrahitur, manifesti juris est, eum cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem.* L. 15, C. *de rei vind.* (3, 32). Humbert, nos 7 à 10.

[3] Pothier, *De la propriété*, no 245; et *Du contrat de vente*, no 314. Ricard,

Dans certaines provinces du nord, qui avaient originairement fait partie des Pays-Bas, et qu'on appelait *pays de nantissement*, on tenait pour règle que la propriété des immeubles ne pouvait se transférer civilement, soit au regard des tiers, soit même entre les parties, qu'au moyen d'une investiture donnée par le seigneur ou par ses officiers de justice, et précédée de la renonciation de l'ancien propriétaire à tous ses droits, investiture qui se constatait par une inscription sur des registres publics tenus à cet effet[4].

Ce fut dans la législation des pays de nantissement que les rédacteurs de la loi du 11 brumaire an VII puisèrent l'idée de la transcription sur les registres hypothécaires, à laquelle ils soumirent les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques. A la différence toutefois de ce qui avait lieu dans les pays de nantissement, la transcription requise par les art. 26 et 28 de la loi précitée n'était pas nécessaire pour opérer transmission de la propriété entre les parties. L'omission de la formalité dont s'agit avait seulement pour effet de rendre cette transmission non opposable aux tiers qui avaient contracté avec le vendeur, et qui s'étaient, de leur côté, conformés aux dispositions de la loi, par exemple à un second acquéreur qui avait fait transcrire son titre, ou à un créancier hypothécaire, même postérieur à l'aliénation, qui avait pris inscription. Du reste, la loi du 11 brumaire an VII ne contenait aucune disposition relative à la transmission de la propriété mobilière, et des droits immobiliers non susceptibles d'hypothèque.

Tel était l'état de la législation sur cette matière, lorsqu'on s'occupa de la rédaction du Code civil.

La commission chargée de présenter le projet de ce Code admit en principe que la propriété, soit des meubles, soit des immeubles, devait, indépendamment de la tradition, et même de toute clause expresse destinée à y suppléer, se transférer par le seul effet des conventions ayant pour objet d'en opérer la transmission. Ce principe fut adopté sans opposition par le Conseil d'État et par le Tribunat[5].

Des donations, nº 901. Argou, *Institution au Droit français*, II, p. 242 et 243.

[4] Merlin, *Rép.*, vº Nantissement, nº 2. Duverdy, p. 100 et suiv. Cpr. Loi des 20-27 septembre 1790, art. 3 à 5.

[5] Les art. 711 et 1138 du Code, qui consacrent ce principe, ne sont que la reproduction de l'art. 1er *des dispositions générales* du livre III, et de l'art. 37 du titre II, même livre, du projet présenté par la Commission de rédaction.

En l'appliquant spécialement à la propriété immobilière, la Commission de rédaction avait même inséré au titre II du troisième livre un article 38e ainsi conçu : « Dès l'instant que le propriétaire a con-« tracté, par un acte authentique, l'obligation de donner ou livrer « un immeuble, il en est exproprié ; l'immeuble ne peut plus être « saisi sur lui par ses créanciers ; l'aliénation qu'il en fait posté-« rieurement est nulle ; et la tradition qu'il en aurait pu faire à un « second acquéreur, ne donne aucune préférence à celui-ci, lequel « est obligé de restituer l'immeuble à celui dont le titre est anté-« rieur, sauf le recours du second acquéreur contre le vendeur, « ainsi qu'il est dit au titre *du contrat de vente.* » Mais cet article ayant été attaqué par les partisans de la loi du 11 brumaire an VII, comme préjugeant l'abandon du système de cette loi, la Section de législation le supprima, et le remplaça par la disposition qui est devenue l'art. 1140 du Code, dans le but de réserver la question relative à la transcription. Ce fut dans la même vue qu'au lieu de reproduire l'article du projet portant : *La vente est accomplie dès qu'on est convenu de la chose et du prix*, on y substitua, dans l'art. 1583, la rédaction suivante : « La vente est parfaite « *entre les parties*, et la propriété est acquise de droit *à l'acheteur* « *à l'égard du vendeur*, dès qu'on est convenu de la chose et du « prix [6]. »

La question de la transcription ainsi réservée, et seule réservée, dut enfin être résolue lors de la discussion du titre *des priviléges et des hypothèques*. La Section de législation proposa à cet effet deux articles ainsi conçus :

Art. 91. « Les actes translatifs de propriété qui n'ont pas été « transcrits, ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient con-« tracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux disposi-« tions de la présente. »

Art. 92. « La simple transcription des titres translatifs de pro-« priété sur les registres du conservateur ne purge pas les privi-« léges et hypothèques établis sur l'immeuble. Il ne passe au nou-« veau propriétaire qu'avec les droits qui appartenaient au précé-« dent, et affecté des mêmes priviléges ou hypothèques dont il « était chargé [7]. »

Ces deux articles, qui reproduisaient en substance les disposi-

[6] *Discours au Corps législatif*, par Grenier, orateur du Tribunat (Locré, *Lég.*, XIV, p. 237, nº 8).

[7] Locré, *Lég.*, XVI, p. 236.

tions des art. 26 et 28 de la loi du 11 brumaire an VII, donnèrent lieu à de vifs débats; à la suite desquels le Conseil d'État adopta en principe « que la transcription du contrat ne transfère pas à « l'acheteur la propriété, lorsque le vendeur n'était pas propriétaire », et renvoya les deux articles à la Section de législation pour être rédigés dans ce sens. Cette résolution, dont les motifs ni la portée ne ressortent clairement de la discussion qui l'avait précédée, impliquait-elle, comme le prétendent la plupart des auteurs, le maintien du système de la loi de brumaire? Il est tout au moins permis d'en douter. Ce qu'il y a de certain, c'est que la Section de législation fit disparaître de sa nouvelle rédaction l'art. 91, calqué sur l'art. 26 de cette loi, et qu'elle modifia l'art. 92, qui est devenu l'art. 2182 du Code, en substituant aux expressions « Il ne passe au nouveau propriétaire qu'avec les « droits qui appartenaient au précédent », les termes « Le ven- « deur ne transmet à l'acquéreur que *la propriété* et les droits qu'il « avait lui-même sur la chose vendue, » pour mieux faire ressortir cette idée, que la transcription ne peut transférer la propriété à celui qui ne tient ses droits que d'une personne qui n'était pas propriétaire. Ces changements ne sauraient laisser aucun doute sur l'intention bien arrêtée du législateur de rejeter le système de la loi de brumaire. Une nouvelle preuve de cette intention résulte de la suppression du mot *consolider*, qui figurait primitivement, tant dans l'intitulé du chap. VIII, que dans les dispositions correspondantes aux art. 2167 et 2179, et des observations du Tribunat à la suite desquelles ce mot a disparu du premier de ces articles. « Il est nécessaire, disait ce corps, de supprimer le « mot *consolider*, qui n'est plus employé dans le projet de loi, ses « principes étant différents, quant à la nécessité de la transcrip- « tion, de ceux consignés dans l'art. 26 de la loi du 11 brumaire « an VII.[8] »

[8] Locré, *Lég.*, XVI, p. 283 à 289, p. 306, p. 319, nº 15, art. 75. Malgré ces raisons décisives, on avait voulu soutenir, dans les premiers temps de la promulgation du Code, que la transcription n'avait pas cessé d'être nécessaire pour rendre opposables aux tiers les transmissions à titre onéreux d'immeubles susceptibles d'hypothèques. Cpr. Bruxelles, 31 août 1808, Sir., 9, 2, 45; Comte, *Dissertation*, Sir., 12, 2, 217. Mais la jurisprudence ne tarda pas à se prononcer dans le sens du principe posé au texte. Poitiers, 18 janvier 1810, Sir., 10, 2, 374. Trèves, 9 février 1810, Sir., 12, 2, 177. Civ. rej., 8 mai 1810, Sir., 10, 1, 265. Civ. rej., 16 octobre 1810, Sir., 11, 1, 25. Bruxelles, 6 août 1811, Sir., 12, 2, 232. Civ. cass., 19 août 1818, Sir., 19, 1, 24. Cette jurisprudence fut

L'aperçu qui vient d'être présenté ne concerne toutefois que les actes à titre onéreux. Quant aux donations d'immeubles susceptibles d'hypothèques et aux substitutions portant sur des immeubles, on n'avait pas hésité à en soumettre l'efficacité, à l'égard des tiers, à la condition de la transcription. Art. 939 à 941 et 1069 à 1072.

En dehors de ces dispositions spéciales, la transcription ne fut maintenue que comme formalité préalable à la purge des priviléges et hypothèques, comme condition de leur extinction par la prescription de dix à vingt ans, enfin comme pouvant au besoin remplacer l'inscription pour la conservation du privilége du vendeur[9].

Le système du Code Napoléon, d'après lequel les transmissions à titre onéreux de propriété immobilière sont opposables aux tiers, indépendamment de la tradition et de la transcription, c'est-à-dire de tout fait et de tout acte propre à en assurer la publicité, peut sans doute se justifier en pure théorie; mais il était incompatible avec les exigences pratiques du crédit foncier et d'un bon système hypothécaire. Les inconvénients qu'il devait inévitablement entraîner, ne tardèrent pas à se produire.

Ce qui frappa tout d'abord, ce fut la position faite aux créanciers qui, ayant valablement acquis une hypothèque, ne l'avaient pas encore fait inscrire au moment de l'aliénation de l'immeuble grevé, et qui, par l'effet immédiat de cette aliénation, se trouvaient déchus de la faculté de l'inscrire utilement[10]. On profita de la rédaction du Code de procédure pour donner plus de sécurité à cette classe de créanciers, en les autorisant à prendre inscription, en cas d'aliénation volontaire, jusqu'à la transcription de l'acte d'aliénation, et même dans la quinzaine suivante. Code de procédure, art. 834[11].

généralement admise; et la controverse avait depuis longtemps cessé, quand, en 1846, M. Hureaux essaya, mais sans succès, de la faire revivre dans la dissertation citée en tête de la note 1re de ce paragraphe. Voy. cep. aussi : Pont, *Des priviléges et des hypothèques*, nº 258. Du reste, les indications données au texte prouvent, à notre avis, que c'est en pleine connaissance de cause que les différents corps qui ont concouru à la rédaction du Code, ont entendu revenir sur le système établi par la loi du 11 brumaire an VII, et que c'est bien à tort que certains auteurs ont considéré la suppression de l'art. 91 du projet qui reproduisait ce système, comme le résultat d'une surprise, ou, comme on n'a pas craint de le dire, d'un escamotage législatif.

[9] Cpr. art. 2108, 2180 et 2181.

[10] Cpr. sur ce point, qui avait été controversé : § 272, texte et note 4.

[11] A partir de la promulgation de cet article, la transcription devint donc néces-

Mais ce n'était là qu'une mesure incomplète, puisqu'il était toujours possible à un homme de mauvaise foi de vendre une seconde fois ou d'hypothéquer un immeuble qu'il avait antérieurement aliéné, sans que le second acquéreur ou le créancier eût aucun moyen légal et certain de connaître l'existence de l'aliénation, et de se prémunir contre de pareilles fraudes. Aussi réclama-t-on de toutes parts le retour au système de publicité établi par la loi du 11 brumaire an VII, et par suite la réforme du régime hypothécaire.

Avant d'entreprendre cette réforme, le Gouvernement prit, en 1841, le parti de consulter la Cour de cassation, les Cours royales et les Facultés de droit sur son opportunité. Parmi les points qu'il signalait à l'attention de ces corps, figurait en première ligne celui de savoir s'il convenait ou non de rétablir la transcription, comme condition d'efficacité, à l'égard des tiers, de la transmission des immeubles et des droits réels immobiliers. La Cour de cassation, la très-grande majorité des Cours royales et la plupart des Facultés de droit se prononcèrent pour l'affirmative [12]

Après une suspension assez longue, le travail fut repris en 1849; et, dans le cours des années 1850 et 1851, l'Assemblée législative s'occupa d'un projet de loi embrassant la refonte du titre *des priviléges et des hypothèques*. Ce projet, qui soumettait à la nécessité de la transcription les actes translatifs de propriété immobilière et d'autres droits sur des immeubles, arriva à la troisième lecture; mais les événements politiques en empêchèrent le vote définitif.

C'est dans cet état des choses que le Gouvernement impérial, renonçant à l'idée d'une réforme complète du régime hypothécaire, présenta en 1853 au Corps législatif un projet de loi dont l'objet principal était le rétablissement de la formalité de la transcription, et son extension à divers actes que la loi du 11 brumaire an VII n'y avait pas soumis. Ce projet, modifié en plusieurs points par des amendements concertés entre le Conseil d'État et le Corps législatif, fut voté par ce corps le 17 janvier 1855, et converti en loi par la sanction impériale, le 23 mars de la même année.

Comme, d'après l'art. 11 de cette loi, les actes et jugements antérieurs au 1er janvier 1856, époque fixée pour sa mise à exé-

saire pour arrêter le cours des inscriptions de priviléges ou d'hypothèques acquis avant l'aliénation.

[12] Cpr. *Documents relatifs au régime hypothécaire, publiés par ordre du garde des sceaux;* Paris 1844, 3 vol. in-8°.

cution, continuent à être régis par la législation sous l'empire de laquelle ils sont intervenus, il est nécessaire d'exposer parallèlement les règles établies par cette législation et celles de la loi nouvelle.

Le principe que la propriété se transfère par le seul effet des conventions n'ayant reçu aucune modification en matière mobilière[13], nous ne traiterons aux paragraphes suivants que de la transmission de la propriété immobilière. Encore n'aurons-nous à nous occuper que de celle qui s'opère par des actes à titre onéreux, tout ce qui concerne les donations et substitutions devant trouver sa place dans l'explication de ces matières[14].

§ 208.

De la transcription des actes entre vifs à titre onéreux et des jugements, au point de vue de la transmission de la propriété immobilière, d'après la législation antérieure à la loi du 23 mars 1855.

L'acquisition de la propriété immobilière par le moyen de conventions à titre onéreux n'est pas subordonnée, même en ce qui concerne les tiers, à la transcription des actes qui les renferment. Elle est l'effet direct et immédiat de ces conventions elles-mêmes[1].

Art. 711, 1138 et 2182.

Il résulte de ce principe que l'acquéreur peut, sans avoir rempli la formalité de la transcription, invoquer son droit de propriété contre tous ceux qui prétendraient avoir acquis, depuis l'aliénation faite en sa faveur, et du chef de l'ancien propriétaire, des droits quelconques sur l'immeuble à lui transmis. C'est ainsi qu'il n'est tenu de supporter, ni les servitudes, ni les hypothèques conventionnelles, légales, ou judiciaires, dont la création ou l'origine serait postérieure à son acquisition. C'est ainsi encore que, dans le cas de deux aliénations successives, le premier acquéreur est préféré au second, alors même que celui-ci aurait fait transcrire son titre, et qu'il aurait été mis en possession.

D'un autre côté, la transcription ne confère pas à l'acquéreur plus de droits que n'en avait son auteur, et ne purge pas les charges

[13] Nous avons démontré au § 174, texte n° 1 et note 7, que l'art. 1141 ne renferme pas une véritable exception au principe posé par l'art. 1138.

[14] Cpr. § 696, texte n° 2, 4); et § 704.

[1] Cpr. sur ce principe l'ensemble du § 207, et spécialement la note 8.

dont la chose aliénée était grevée entre les mains de ce dernier. Art. 2182.

Inutile et sans objet sous les divers rapports qui viennent d'être indiqués, la transcription est loin cependant d'être destituée de toute efficacité juridique.

Elle constitue tout d'abord la première des formalités que doit remplir l'acquéreur qui veut procéder au purgement des priviléges et des hypothèques inscrits sur l'immeuble. Art. 2181.

La transcription confère de plus à l'acquéreur les deux avantages suivants [2] :

1° En cas d'aliénation volontaire, elle affranchit en général l'immeuble acquis des priviléges et hypothèques qui n'ont pas été inscrits avant l'expiration de la quinzaine à dater de l'accomplissement de cette formalité [3]. Art. 2166. Code de procédure, art. 834.

2° Elle met l'acquéreur en position de prescrire, par dix à vingt ans, la libération des priviléges et hypothèques dont l'immeuble acquis se trouve grevé [4]. Art. 2180, n° 4.

Les diverses propositions qui précèdent s'appliquent aux jugements d'adjudication opérant transmission de propriété immobilière, comme aux conventions de cette nature, sous cette seule modification, que le jugement d'adjudication sur saisie immobilière purge par lui-même, et indépendamment de sa transcription, les priviléges et hypothèques non inscrits au moment où il a été rendu [5].

Quant aux jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique, ils doivent être transcrits, non pour assurer l'effet de l'expropriation, mais pour arrêter, par l'expiration du délai de quinzaine, le cours des inscriptions. Loi du 3 mai 1841, art. 16.

Les principes développés au présent paragraphe régissent encore aujourd'hui les actes d'aliénation et les jugements ayant acquis date certaine avant le 1er janvier 1856. Loi du 23 mars 1855, art. 11, al. 1 et 2.

[2] L'art. 2108 attache encore un autre effet à la transcription ; mais la disposition de cet article est étrangère à la théorie de la transmission de la propriété.

[3] Cpr. pour le développement de cette proposition : § 272.

[4] Voy. sur ce point : § 293.

[5] Cpr. sur l'application de ce principe aux hypothèques en général et aux priviléges : §§ 272 et 278 ; et sur les modifications qui doivent y être apportées en ce qui concerne les hypothèques légales dispensées d'inscription : § 269.

§ 209.

De la transcription des actes entre vifs à titre onéreux et des jugements, au point de vue de la transmission de la propriété immobilière, d'après la loi du 23 mars 1855.

Les actes entre vifs et à titre onéreux, translatifs de propriété immobilière, quoique la transférant par eux-mêmes entre les parties, ne peuvent être opposés aux tiers qui ont acquis des droits sur les immeubles aliénés, et qui les ont conservés conformément aux lois, qu'autant qu'ils ont été transcrits, et que la transcription en a été effectuée antérieurement à l'accomplissement des formalités requises pour la conservation des droits de ces tiers. Art. 1, n° 1 et art. 3.

Les jugements qui opèrent transmission de propriété immobilière, ou qui constatent une pareille transmission opérée par convention verbale, ne peuvent également être opposés aux tiers que sous la condition et à partir de leur transcription. Art. 1, n^os 3 et 4.

A. *Des actes et jugements soumis à transcription.*

1° Les actes entre vifs soumis à transcription, comme contenant transmission à titre onéreux de propriété immobilière, sont principalement les suivants :

a. Les ventes immobilières.

Les ventes alternatives de deux immeubles, ou d'un immeuble et d'une chose mobilière, peuvent et doivent être transcrites immédiatement, c'est-à-dire avant toute option, et peu importe que l'option appartienne à l'acquéreur ou au vendeur [1].

[1] La proposition émise au texte est généralement adoptée. Voy. Mourlon, I, 37; Flandin, I, 105 et suiv. Elle doit être admise, quelle que soit l'opinion qu'on se forme sur la nature et les effets d'une vente alternative. A cet égard, nous ne partageons, ni le sentiment de M. Mourlon, d'après lequel la vente alternative se décomposerait en deux ventes conditionnelles, ni bien moins encore celui de M. Flandin, qui ne reconnaît à l'acquéreur de droit éventuel que sur la chose à déterminer par l'option. A notre avis, la vente alternative confère à l'acquéreur un droit actuel sur les deux choses comprises *in obligatione*, droit, cependant, qui s'évanouira, quant à l'une d'elles, par le choix de l'autre. Nous en concluons, avec plus de certitude encore que ne peuvent le faire ces auteurs, que, dans le cas où le choix appartient à l'acquéreur, la transcription a pour effet de le garantir contre les droits que concéderait le vendeur sur l'une ou sur l'autre des choses comprises dans la vente, et que, dans le cas où l'option appar-

Les promesses de ventes synallagmatiques, c'est-à-dire celles qui ont été acceptées avec promesse réciproque d'acheter, sont, comme les ventes actuelles, susceptibles de transcription et sujettes à cette formalité [2]. Toutefois, si une pareille promesse de vente avait été accompagnée d'une remise d'arrhes impliquant faculté de s'en désister, la transcription serait sans objet jusqu'au moment de la passation du contrat [3].

Quant aux promesses de vente unilatérales, c'est-à-dire non accompagnées de la promesse réciproque d'acheter, elles ne peuvent être utilement transcrites qu'à partir du moment où celui au profit duquel est intervenue une pareille promesse, a déclaré vouloir acheter, et, pour être complète, la transcription doit porter également sur l'acte qui constate cette déclaration [4].

Dans les ventes où a figuré un *negotiorum gestor*, il faut distinguer si ce dernier a agi au nom de l'acquéreur, ou pour le compte du vendeur.

Au premier cas, la vente, bien que ne pouvant devenir définitive, au regard de l'acheteur, que par son acceptation, n'en dépouille pas moins actuellement le vendeur de la faculté de disposer de la chose vendue au préjudice de ce dernier; d'où la conséquence, qu'une pareille vente peut être transcrite immédiatement, que cette transcription sera tout à la fois nécessaire et suffisante pour garantir l'acheteur contre les actes émanés du vendeur dès avant même la ratification, et que celle-ci n'aura pas besoin d'être soumise à la formalité [5].

tient au vendeur, la transcription a pour conséquence de rendre inefficaces, à l'égard de l'acheteur, les droits qu'après avoir usé de sa faculté d'option en vendant ou en hypothéquant l'une de ces choses, le vendeur aurait ultérieurement concédés sur l'autre.

[2] Cpr. art. 1589; § 349, texte et notes 6 et 7. Mourlon, I, 38. Flandin, I, 66. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 52.

[3] Cpr. art. 1590; § 349, texte et notes 25 et 26. Flandin, I, 72.

[4] Rivière et Huguet, n° 53. Troplong, n° 52. Flandin, I, 61 et 62. Voy. en sens contraire : Mourlon, II, 39. Ce dernier auteur se fonde sur ce que la déclaration de vouloir acheter, faite à la suite d'une promesse unilatérale de vente, réagit, même à l'égard des tiers, au jour de cette promesse. Voy. au § 349, texte et note 9, la réfutation de cette doctrine.

[5] Mourlon, I, 33. Gauthier, n° 36. Flandin, I, 126 et 127. Ces auteurs expliquent les solutions données au texte, en assimilant la vente dont il s'agit à une vente conditionnelle, dans laquelle la ratification de l'acheteur remonterait au jour même du contrat. Mais, à notre avis, une pareille vente ne saurait être considérée comme soumise à une condition suspensive. Elle constitue un *con-*

Au second cas, au contraire, celui dont la chose a été vendue sans mandat de sa part, conserve d'une manière absolue son droit de propriété, dont il ne se trouvera dépouillé que par sa ratification. Il en résulte que l'acte de vente et l'acte de ratification doivent être transcrits l'un et l'autre, et que la transcription du premier de ces actes n'a d'effet qu'à partir de la transcription du second [6].

Lorsque l'acquéreur s'est réservé la faculté de faire une déclaration de command ou élection d'ami, la vente et la déclaration de command sont également assujetties à la formalité de la transcription, celle de la vente étant nécessaire pour mettre l'acquéreur ou le command à couvert, soit des actes ultérieurs du vendeur, soit de ses actes antérieurs qui n'auraient pas encore été rendus publics par la transcription ou l'inscription, et celle de la déclaration de command étant requise pour garantir le command contre les actes de l'une ou de l'autre espèce émanés de l'acquéreur [7]. Mais l'acceptation du command n'a pas besoin d'être transcrite [8].

tractus claudicans, par l'effet duquel le vendeur est définitivement lié, quoique l'acheteur ne le soit pas encore.

[6] Mourlon, I, 32. Rivière et Huguet, nos 57 et 58. Flandin, I, 128 et suiv. Voy. cep. Troplong, no 55, 128 et 129. Ce dernier auteur, tout en reconnaissant que les droits concédés par le propriétaire avant la ratification de la vente sont opposables à l'acheteur, quand ils ont été dûment conservés, enseigne cependant que la transcription peut et doit avoir lieu immédiatement dès avant la ratification. Mais à quoi bon, si la transcription de l'acte de vente doit être suivie de celle de l'acte de ratification, et ne peut avoir d'effet qu'à partir de cette dernière? Il y a mieux : le propriétaire de l'immeuble vendu par un *negotiorum gestor* serait autorisé à demander la radiation, avec dommages-intérêts, de la transcription faite avant sa ratification.

[7] La rédaction de notre proposition indique que les actes de l'acquéreur, antérieurs à la déclaration de command, sont opposables au command, lorsqu'ils ont été rendus publics avant la transcription de cette déclaration. Il est, en effet, évident que, par ces actes mêmes, l'acquéreur a renoncé à la faculté d'élire command, au préjudice des tiers avec lesquels il a traité. Remarquons, au surplus, que les hypothèques légales et judiciaires dont l'immeuble a pu se trouver frappé du chef de l'acquéreur, n'emportant point de sa part l'idée d'une pareille renonciation, puisqu'elles existent indépendamment de sa volonté, elles doivent s'évanouir par l'effet de la déclaration de command. C'est de ces hypothèques, et non des hypothèques conventionnelles, qu'il faut entendre la disposition de la loi des 13 septembre – 16 octobre 1791, à supposer que cette loi ne s'applique pas seulement aux ventes de biens nationaux, mais à toutes espèces de ventes immobilières. Mourlon, I, no 31. Flandin, I, 143 et suiv.

[8] Flandin, I, 148. M. Mourlon, qui avait d'abord émis une opinion contraire

Dans les acquisitions en remploi, faites par le mari conformément à l'art. 1435, la transcription de l'acte de vente suffit, sans qu'il soit nécessaire de soumettre à la formalité l'acte contenant l'acceptation de la femme [9].

Les cessions de droits successifs sont sujettes à transcription, en ce qui concerne les immeubles dépendant de l'hérédité, à moins que, consenties au profit d'un cohéritier, elles n'aient fait cesser l'indivision d'une manière absolue [10].

Les cessions d'actions immobilières sont soumises à transcription, en tant qu'elles impliquent transport d'un droit de propriété immobilière [11]. Telles sont les cessions d'actions en revendication [12], et celles d'actions en nullité ou en rescission de contrats transla-

(*Revue pratique*, 1856, I, p. 226 et 227, n° 31 *ter*), l'a ultérieurement abandonnée (I, n° 60, p. 188, note 1re).

[9] Mourlon, I, 60 et 61. Flandin, I, 299 et suiv. La proposition énoncée au texte doit être adoptée, soit que l'on reconnaisse, avec M. Mourlon, que l'acceptation de la femme, tout en faisant évanouir les hypothèques légales et judiciaires dont l'immeuble se trouverait grevé du chef du mari, laisse subsister les hypothèques conventionnelles et les aliénations qu'il aurait consenties dans l'intervalle de la vente à l'acceptation, soit qu'avec M. Flandin, on attribue à cette dernière un effet rétroactif tellement absolu, qu'elle ferait disparaître même les actes de disposition émanés du mari. Voy. § 507, texte et notes 68 à 72.

[10] Hors ce cas, dans lequel la cession de droits successifs équivaut à partage (cpr. § 625, texte n° 1 et notes 2 à 10), et se trouve par cela même dispensée de transcription (cpr. texte, lett. B et note 46 *infra*), une pareille cession constitue une véritable vente immobilière, en ce qui concerne les immeubles héréditaires. Rivière et Huguet, nos 53 et 92. Troplong, n° 58. Mourlon, I, 42. Gauthier, n° 51. Flandin, I, 199 à 205. Cpr. cep. Mourlon, I, 179 à 199. Suivant cet auteur, la cession de droits successifs serait dispensée de transcription, alors même qu'elle n'aurait fait cesser l'indivision que d'une manière relative et par rapport à l'un des cohéritiers seulement. Voy. à la note 10 du § 625 la réfutation de cette doctrine.

[11] La cession d'une action ne se comprend que comme cession virtuelle du droit qu'elle a pour objet de poursuivre. Une pareille cession est donc sujette à transcription, lorsque l'action porte sur un droit de propriété immobilière. Nous croyons devoir modifier à cet égard l'opinion contraire, que nous avons émise d'une manière trop générale à la note 10 du § 704, en l'appliquant non-seulement aux actions résolutoires proprement dites, mais encore aux actions en nullité ou en rescision. Au surplus, nous doutons qu'il se passe dans la pratique des actes portant simplement cession d'actions de la dernière espèce, sans contenir également, et comme objet principal de la convention, vente des immeubles auxquels ces actions se rapportent.

[12] Troplong, n° 56. Flandin, I, 378.

tifs de propriété immobilière [13]. Telles seraient même les conventions qualifiées de cessions d'actions résolutoires, s'il s'agissait d'une résolution opérée de plein droit [14].

b. Les dations en paiement effectuées avec des immeubles.

On doit considérer comme des dations en paiement soumises à la formalité de la transcription : les ventes passées par l'un des époux au profit de l'autre, dans les cas prévus par l'art. 1595 [15]; les abandons d'immeubles faits, même par un ascendant, en paiement d'une dot promise en argent [16]; les cessions, soit d'immeubles propres, soit même de conquêts, faites par le mari à la femme renonçante pour la couvrir de ses reprises [17], ainsi que les cessions de propres faites dans le même but à la femme acceptante.

c. Les échanges d'immeubles ou de meubles contre des immeubles.

Lorsque les immeubles échangés se trouvent situés dans des arrondissements différents, l'acte d'échange doit être transcrit aux bureaux des hypothèques de l'un et de l'autre de ces arrondissements [18].

d. Les actes de sociétés, soit commerciales, soit civiles.

Ils sont soumis à la formalité de la transcription, en tant qu'ils contiennent des apports en propriété immobilière faits par les associés ou par l'un d'eux [19].

[13] Bressolles, nº 17. Mourlon, I, 16. Gauthier, nos 27, 46 et 47. Flandin, I, 378 et suiv. Voy. en sens contraire : Rivière et Huguet, nº 107.

[14] En pareil cas, la qualification donnée à la convention serait inexacte, puisqu'il n'y aurait plus de résolution à prononcer ; et dans la réalité la convention opérerait directement et par elle-même le transport de la propriété. — *Quid* de la cession d'actions résolutoires proprement dites et de la faculté de réméré ? Voy. texte, lett. B, notes 66 et 67 *infra*.

[15] Rivière et Huguet, nº 27. Troplong, nº 61. Gauthier, nº 70. Mourlon, I, 46. Flandin, I, 176.

[16] *Nec obstat* art. 1406. Si des considérations spéciales ont fait admettre que l'immeuble abandonné par un ascendant en paiement d'une dot promise en argent ne devient pas un conquêt et forme un propre, il n'en est pas moins certain qu'un pareil abandon constitue une aliénation par acte entre vifs et à titre onéreux. Flandin, I, 179.

[17] Par sa renonciation, la femme perd toute espèce de droits sur les biens de la communauté, qui ne peuvent plus entrer dans son patrimoine que par l'effet d'une mutation de propriété. Art. 1492. Troplong, nº 62. Rivière et Huguet, nos 29 et suiv. Gauthier, nos 71 et suiv. Mourlon, I, nº 47 *in fine*, p. 109 et 110. Flandin, I, 177, 178 et 296. Civ. rej., 8 février 1858, Sir., 58, 1, 268. Voy. sur les prélèvements de la femme acceptante : texte, lett. B et note 48 *infra*.

[18] Troplong, nº 134. Flandin, I, 183. Mourlon, I, 45.

[19] Troplong, nº 63. Gauthier, nº 61. Mourlon, I, 52. Flandin, I, 266.

Il en est de même des cessions de parts dans des sociétés civiles dont l'actif comprend des immeubles, lorsqu'elles sont faites à un étranger, ou lorsque, ayant été passées au profit d'un associé, elles n'ont point eu pour résultat de faire cesser l'indivision d'une manière absolue [20].

Au contraire, les cessions d'intérêts ou d'actions dans des sociétés commerciales ne sont pas soumises à transcription, lors même que l'actif de ces sociétés comprendrait des immeubles [21].

c. Les contrats de mariage.

Ils sont assujettis à transcription, en tant qu'ils renferment des conventions d'ameublissement, portant sur un ou plusieurs immeubles mis dans la communauté d'une manière absolue, c'est-à-dire quant à la propriété même et sans restriction à une certaine somme [22] (ameublissement déterminé dans le sens que nous attachons à ces expressions). Il en est ainsi, que l'ameublissement ait été fait par la femme ou par le mari [23]. La transcription dans cette hypothèse aura pour objet et pour effet d'empêcher que l'époux, auteur de l'ameublissement, ne dispose ultérieurement, en qualité de propriétaire, et au préjudice de l'autre, des immeubles ameublis, ou qu'on ne puisse opposer à la communauté des actes de disposition antérieurs, non transcrits en temps utile, à supposer, bien entendu, que, par suite d'une clause expresse ou tacite de séparation de dettes, elle se trouve dégagée de toute obligation de garantie relative à ces actes.

[20] Cpr. texte et note 10 *supra*.

[21] Ces intérêts ou actions ne constituent, en effet, que des valeurs mobilières. Art. 529. Rivière et Huguet, nos 132 et 133. Flandin, I, 270 à 272.

[22] Mourlon, I, 49. Flandin, I, 273 à 277. Voy. en sens contraire : Troplong, nos 64 à 67. C'est en restreignant la question aux actes passés, par l'auteur de l'ameublissement, antérieurement au contrat de mariage, que le savant magistrat a émis l'opinion que la transcription de ce contrat serait inutile et même nuisible à la communauté. Mais il a oublié, d'une part, que la transcription est indispensable pour écarter les actes ultérieurs d'aliénation que consentirait l'époux duquel procède l'ameublissement (cpr. la note suivante) ; et, d'autre part, que la communauté ne serait point, en cas de séparation de dettes, tenue de l'obligation de garantie à laquelle les époux se trouveront soumis à raison d'aliénations antérieures au contrat de mariage.

[23] Mourlon, *loc. cit.* Flandin, I, 278 et 279. Voy. en sens contraire, Rivière et Huguet (no 37), qui soutiennent que la transcription est sans objet, lorsque l'ameublissement procède du mari. Mais ces auteurs n'ont pas remarqué que la transcription du contrat de mariage peut devenir nécessaire pour empêcher que le mari ne dispose de l'immeuble ameubli, soit pendant le mariage à titre gratuit, soit après sa dissolution à un titre quelconque.

Lorsqu'il ne s'agit que d'un ameublissement indéterminé, c'est-à-dire limité à une certaine somme, la transcription immédiate du contrat de mariage est sans objet, par la raison qu'un pareil ameublissement ne confère par lui-même à la communauté aucun droit de propriété, ni actuel, ni éventuel, et que, dans le cas même où la formalité aurait été accomplie, l'exécution de l'obligation que l'art. 1508 attache à la clause dont s'agit, ne serait pas susceptible d'être poursuivie contre les tiers qui auraient acquis des droits sur les immeubles formant l'objet de cette clause [24].

Mais si l'époux qui a fait l'ameublissement vient effectivement à comprendre dans la masse un ou plusieurs des immeubles ameublis, et que, par l'effet du partage, ils tombent au lot de l'autre conjoint, il s'opérera, au profit de ce dernier, une mutation de propriété, qui devra être rendue publique par la transcription, soit de la clause d'ameublissement et de la partie de l'acte de partage contenant attribution de ces immeubles, soit d'un acte spécial dressé entre les époux pour en constater l'apport à la masse [25].

Les contrats de mariage dans lesquels se trouve stipulée une communauté universelle, sont également soumis à transcription, en ce qui concerne les immeubles des époux [26].

f. Les actes de renonciation à des actes de propriété immobilière. Art. 1, n° 2.

Ils sont soumis à transcription, que la renonciation soit faite à titre onéreux ou même à titre gratuit, lorsqu'elle porte sur des

[24] Malgré les termes si précis de l'art. 1508, M. Flandin (I, 285 et suiv.) considère l'ameublissement indéterminé comme emportant, au profit de la communauté, transmission d'un droit de propriété, sinon actuel, du moins éventuel. Mais c'est évidemment à tort, puisque le seul effet d'un pareil ameublissement est d'obliger l'époux qui l'a consenti, à comprendre dans la masse, lors de la dissolution de la communauté, quelques-uns de ses immeubles, jusqu'à concurrence de la somme par lui promise, et que cette obligation, qui ne doit être exécutée que lorsque la communauté aura cessé d'exister, ne saurait avoir pour conséquence de conférer à celle-ci un droit quelconque de propriété sur les immeubles qui seront compris au partage. Il pourra sans doute arriver que les immeubles ainsi versés dans la masse par l'un des époux tombent au lot de l'autre, mais cette mutation de propriété ne sera que le résultat de leur apport effectif à la masse et du partage qui l'a suivi, et non un effet direct et nécessaire de l'ameublissement lui-même. Nous ajouterons qu'à notre avis, M. Flandin méconnaît le véritable objet de la transcription, qui est de garantir les tiers contre des actes restés secrets, et non d'assurer entre les parties l'exécution de leurs conventions.

[25] Mourlon, I, n° 49, p. 127 et 128.

[26] Mourlon, I, 52. Flandin, I, 291.

droits définitivement acquis par l'acceptation de ceux auxquels ils se trouvaient dévolus. Il en est ainsi, par exemple, de la renonciation à une succession ou à un legs immobiliers déjà acceptés.

Sont encore soumis à transcription les actes de renonciation à une succession ou à un legs immobiliers, lorsque la renonciation a lieu à titre onéreux, ou lorsque, ayant lieu à titre gratuit, elle est faite par un cohéritier ou colégataire, non pas purement et simplement au profit de tous les autres, mais en faveur de quelques-uns d'entre eux seulement [27].

Les actes de renonciation dans les hypothèses que prévoient les art. 656 et 699, sont également soumis à transcription [28].

Enfin, on doit aussi considérer, comme sujette à transcription, la renonciation, en matière immobilière, au bénéfice d'une prescription admise par un jugement passé en force de chose jugée [29]. Il en serait cependant autrement, si la renonciation avait eu lieu par suite de transaction, pendant les délais de requête civile ou de pourvoi en cassation [30].

g. Les actes de résolution de contrats translatifs de propriété immobilière.

Ils sont sujets à transcription, lorsque l'acquéreur renonçant spontanément et sans nécessité à son acquisition, la résolution constitue au fond une véritable rétrocession [31]. Il en est

[27] De pareilles renonciations impliquent acceptation, et sont par conséquent translatives de propriété. Cpr. art. 780. Bressolles, n° 17.

[28] Mourlon, I, 126.

[29] Rivière et Huguet, n° 84. Flandin, I, 459 à 462. Voy. en sens contraire : Mourlon, I, n° 125, p. 327 et suiv. Cet auteur n'a pas remarqué que, pour résoudre la question de savoir si une pareille renonciation est ou non sujette à transcription, on doit bien moins l'envisager au point de vue des relations du possesseur dont elle émane, et de celui au profit duquel elle a eu lieu, que dans les rapports de ce dernier avec les autres ayants-cause du possesseur renonçant.

[30] Rivière et Huguet, n° 85. Flandin, I, 462 et suiv. Cpr. sur la transaction, texte et notes 49 à 51 *infra*.

[31] Troplong, n° 244. Rivière et Huguet, n^os^ 6 et suiv. Mourlon, I, n° 44, p. 102 et 103. Flandin, I, 221. Pour distinguer les actes de résolution sujets à transcription de ceux qui ne le sont pas, plusieurs de ces auteurs s'attachent exclusivement au point de savoir si la cause en vertu de laquelle la résolution a lieu est une *causa antiqua* ou une *causa nova*. Mais ce criterium ne nous paraît pas tout à fait exact au point de vue de la transcription. En effet, une résolution peut être spontanée et dégénérer en rétrocession, bien qu'elle se rattache à une condition inhérente au contrat. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si l'acquéreur, quoique se trouvant en situation de solder son prix, consentait la résolution du contrat de vente pour défaut de paiement du prix. Voy. sur les résolutions amiables non soumises à transcription : texte, lett. B et note 58 *infra*.

ainsi, peu importe que le contrat résolu ait ou non été transcrit [32].

Les différents actes de la nature de ceux qui viennent d'être énumérés comme sujets à transcription, peuvent et doivent être transcrits immédiatement, alors même que les conventions qu'ils renferment seraient subordonnées à une condition suspensive [33]. Il en est ainsi notamment de la vente dont le prix a été laissé à l'arbitrage d'un tiers [34].

2° Les jugements soumis à transcription, comme opérant transmission de propriété immobilière, sont en général les jugements d'adjudication. Art. 1, n° 4. Cette règle s'applique notamment :

a. Aux jugements d'adjudication de biens dépendant d'une succession bénéficiaire ou vacante, et aux jugements rendus sur licitation.

b. Aux jugements d'adjudication de biens de mineurs et à ceux sur expropriation forcée [35], lorsque, à défaut de surenchère du sixième, l'adjudication est devenue définitive. Au cas contraire, le jugement rendu sur la surenchère est seul sujet à transcription [36].

c. Aux jugements d'adjudication sur délaissement par hypothèque, ou sur surenchère du dixième [37].

[32] En effet, si les ayants-cause de l'acquéreur faisaient ultérieurement transcrire le titre de ce dernier, la résolution non transcrite ne pourrait leur être opposée. Mourlon, I, *loc. cit.* Flandin, I, 222. Troplong, n° 244.

[33] La raison en est que la condition accomplie rétroagit au jour de la formation de la convention, et que celle-ci, par conséquent, peut et doit, dès cet instant, être portée à la connaissance des tiers. Art. 1179. Rivière et Huguet, n° 106. Troplong, n° 54. Gauthier, n° 25. Mourlon, I, 14 et 34. Flandin, I, 87.

[34] Cpr. § 349, texte et notes 19 à 23. Mourlon, I, 35. Flandin, I, 90.

[35] Cpr. L. du 21 mai 1858, dont l'art. 1er modifie l'art. 717 du Code de procédure. Rivière et Huguet, n°s 124, 351 et 352. Gauthier, n° 111. Mourlon, I, 79. Flandin, I, 577 à 579. Voy. en sens contraire : Lemarcis, p. 24.

[36] Si, par extraordinaire, un jugement d'adjudication de la nature de ceux dont il est question au texte, avait été transcrit malgré une surenchère du sixième, la transcription du jugement rendu sur cette surenchère deviendrait sans objet. Mourlon, II, 540 et 541.

[37] Arg. art. 2189. Si la transcription du jugement sur surenchère du dixième est inutile au regard du vendeur, qui s'est trouvé complétement dessaisi par l'effet de la transcription préalable à la purge (art. 2181), elle est nécessaire au regard de l'acquéreur, contre lequel se poursuit la surenchère. Rivière et Huguet, n° 116. Flandin, I, 568. Cpr. Mourlon, II, 539. C'est à tort, selon nous, que cet auteur exige, outre la transcription du jugement sur surenchère, une mention de ce jugement en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, puisqu'il n'est point

d. Enfin, aux jugements rendus sur folle enchère, mais dans le cas seulement où l'adjudication prononcée en faveur du fol enchérisseur n'aurait pas été transcrite [38].

Par exception à la règle ci-dessus posée, les jugements sur licitation ne sont pas sujets à transcription, lorsque l'adjudication a été prononcée au profit de l'un des cohéritiers ou copartageants [39]. Art. 1, n° 4.

La même exception s'applique aux jugements d'adjudication rendus, soit au profit d'un tiers détenteur qui se rend adjudicataire de l'immeuble par lui délaissé ou exproprié sur lui, soit en faveur de tout acquéreur ou adjudicataire qui reste propriétaire de l'immeuble à la suite d'une adjudication sur surenchère [40].

Mais cette exception ne doit pas être étendue, du moins d'une manière absolue, au jugement par lequel un héritier bénéficiaire se serait rendu adjudicataire d'un immeuble de la succession. Ce jugement peut et doit être transcrit pour mettre cet héritier, en sa qualité de tiers adjudicataire, à l'abri des droits que le défunt aurait concédés par des actes non encore transcrits [41].

ici question de résolution, mais d'une sorte d'expropriation résultant de l'exercice du droit de surenchère.

[38] Arg. art. 779 du Code de procédure, modifié par la loi du 21 mai 1858. Il ressort de cet article que l'adjudication sur folle enchère, tout en substituant un second acquéreur au premier, laisse subsister, au regard de l'ancien propriétaire, la première adjudication, et ne résout la transmission de propriété qu'elle avait opérée, que dans la personne du premier adjudicataire, et en faveur seulement des créanciers. La conséquence en est que la transcription de l'adjudication sur folle enchère est sans objet, lorsque l'adjudication primitive a été soumise à la formalité. Mourlon, II, 540. Voy. en sens contraire : Bressolles, nos 33 et 66 ; Troplong, n° 221; Gauthier, n° 111 ; Flandin, I, 582. Ces auteurs se fondent sur ce que, le paiement du prix formant une condition, soit suspensive, soit résolutoire, de l'adjudication, la folle enchère fait disparaître d'une manière absolue, et l'adjudication elle-même, et sa transcription ; mais cette manière d'envisager les effets de la folle enchère, fort contestable en théorie, a été formellement condamnée par la loi du 21 mai 1858.

[39] Il en serait autrement si l'adjudication, ayant été prononcée au profit de deux ou de plusieurs des cohéritiers ou copartageants, elle n'avait pas fait cesser l'indivision d'une manière absolue. En pareil cas, le jugement d'adjudication n'équivaudrait plus à partage. Flandin, I, 561. Cpr. au surplus texte, lett. B, notes 46 et 47 *infra*.

[40] Art. 2179 et arg. de cet article. *Rapport au Sénat*, de M. de Casabianca, sur la loi du 23 mars 1855, n° 27. Bressolles, n° 33. Rivière et Huguet, n° 117. Gauthier, nos 113 et 114. Troplong, n° 101. Mourlon, I, 80 à 82 ; II, 538.

[41] On ne pourrait contester la solution donnée au texte qu'en partant de l'idée que l'héritier bénéficiaire, qui se rend adjudicataire d'un immeuble de la suc-

Quant aux jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique, ils ne rentrent pas sous l'application de la loi du 23 mars 1855, et continuent à être régis, en ce qui concerne la transcription et ses effets, par la loi du 3 mai 1841 ; en d'autres termes, la transcription de pareils jugements n'est requise que pour arrêter, par l'expiration du délai de quinzaine à partir de l'accomplissement de cette formalité, le cours des inscriptions de priviléges ou d'hypothèques acquis antérieurement à ces jugements [42].

cession, n'acquiert, même au regard des ayants-cause du défunt, comme vis-à-vis de ses cohéritiers ou de leurs ayants-cause, aucun droit nouveau et distinct de celui qui lui appartenait déjà à titre successif. Dans cette supposition, en effet, il ne pourrait pas repousser les actes, même non transcrits, émanés du défunt, et la transcription de son propre titre serait par conséquent sans objet. Mais cette supposition est, à notre avis, inexacte. Nous croyons, comme le dit la Cour de cassation dans son arrêt du 27 mai 1835 (Req. rej., Sir., 35, 1, 341), « qu'il y a dans ce cas interversion de qualité, de droit et de titre, et que l'ad-« judicataire devient propriétaire comme un étranger.» Nous ne voyons pas pourquoi l'héritier bénéficiaire, qui s'est rendu adjudicataire d'un immeuble de la succession, serait de condition pire que tout autre acquéreur à titre onéreux. Les ayants-cause du défunt qui ont négligé de faire transcrire leurs titres, ne sont-ils pas en faute à son égard, comme ils le seraient vis-à-vis d'un adjudicataire étranger ? Nous ajouterons qu'il serait difficile de refuser à l'héritier bénéficiaire la faculté de purger l'immeuble héréditaire dont il s'est rendu adjudicataire. Labbé, *Revue critique*, 1856, VIII, p. 216, n° 5. Demolombe, XV, 191 *bis*. Civ. rej. et Civ. cass., 12 août 1839, Sir., 39, 1, 781 et 782. Civ. cass., 26 février 1862, Sir., 62, 1, 609. Civ. rej., 28 juillet 1862, Sir., 62, 1, 988. Or, si on lui accorde cette faculté, on reconnaît par cela même qu'il possède cet immeuble comme tiers, en vertu d'un titre distinct de son titre successif ; et il n'y a plus aucun motif pour lui dénier l'avantage de se garantir par la transcription contre les droits établis par le défunt, puisqu'il se trouve soustrait, par l'effet du bénéfice d'inventaire, à l'application de la maxime *Eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Cpr. § 618, texte n° 1 et note 11. Les ayants-cause du défunt pourront sans doute poursuivre en dommages-intérêts l'héritier bénéficiaire ; mais les condamnations qu'ils obtiendront contre lui, ne s'exerceront que sur les valeurs de la succession. Voy. en ce sens : Mourlon, I, 83. Voy. en sens contraire : Rivière et Huguet, n° 120 ; Troplong, n° 102; Gauthier, n° 115 ; Ducruet, n° 58; Flandin, I, 583, et II, 1403.

[42] Les jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique ne rentrent pas, comme on en convient généralement, dans la classe des jugements d'adjudication, dont s'occupe le n° 4 de l'art. 1er de la loi du 23 mars 1855. Ils ne rentrent pas davantage, quoique certains auteurs aient voulu soutenir le contraire, dans la catégorie des actes translatifs de propriété mentionnés au n° 1 du même article ; et ce, par la double raison que, d'après l'économie générale de la loi précitée, le législateur a consacré des dispositions distinctes aux jugements et aux actes d'aliénation volontaire, et que les jugements dont il est ici spécialement ques-

Les mêmes propositions s'appliquent aux cessions amiables consenties par les propriétaires de terrains soumis à l'expropriation, pourvu qu'elles aient eu lieu après l'accomplissement des formes indiquées par l'art. 2 de la loi du 3 mai 1841 [43]. Au cas contraire, de pareilles cessions rentreraient, en ce qui concerne la transcription, sous l'application de la loi du 23 mars 1855 [44].

Les jugements constatant l'existence d'une convention verbale, translative de propriété immobilière, sont soumis à transcription, tion, sont bien moins translatifs de propriété qu'extinctifs de toute propriété privée, ainsi que cela résulte si nettement de l'art. 18 de la loi du 3 mai 1841. En vain objecte-t-on que les art. 16 et 17, relatifs à la transcription du jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique, ne contenant qu'une application spéciale des dispositions de l'art. 834 du Code de procédure, aujourd'hui formellement abrogé par l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, sont dès lors à considérer comme étant eux-mêmes abrogés. Cette objection manque d'exactitude dans son point de départ, puisque, d'après l'art. 834 du Code de procédure, la transcription n'était de Droit commun que facultative, tandis que l'art. 16 de la loi du 3 mai 1841 l'a rendue obligatoire pour les jugements d'expropriation. Elle suppose d'ailleurs que ces jugements sont, comme actes translatifs de propriété, soumis à transcription en vertu de l'art. 1er de la loi du 23 mars 1855, supposition dont nous avons démontré l'erreur. Une remarque importante, qui a échappé aux partisans du système contraire au nôtre, c'est que ce système conduirait, non-seulement à une véritable transformation des art. 16 et 17 de la loi du 3 mai 1841, mais encore à une double modification de l'art. 21 de la même loi, en ce que les tiers dénommés en cet article, qui n'auraient pas fait transcrire leurs titres avant la transcription du jugement d'expropriation, seraient déchus de tout droit à indemnité contre l'État, lors même que le propriétaire les aurait fait connaître en délai utile à l'administration, et en ce que, d'un autre côté, ces tiers conserveraient leur droit contre l'État par le seul effet de la transcription, et malgré l'absence de la notification prescrite par l'article précité. Nous terminerons en rappelant qu'en ce qui concerne spécialement les créanciers hypothécaires ou privilégiés, il a été formellement déclaré, par les commissaires du Gouvernement, à la Commission du Sénat chargée du rapport sur la loi du 23 mars 1855, « qu'il n'était nullement dérogé à la loi du 3 mai 1841, « qu'ainsi les délais accordés par cette loi aux parties intéressées étaient inté- « gralement maintenus. » Voy. en ce sens : Bressolles, nos 34 et 87 ; Sellier, no 268 ; Rivière et Huguet, no 353 ; Troplong, no 103 ; Ducruet, p. 5 ; Gauthier, nos 117 et 158 ; Cabantous, *Revue critique*, 1855, VII, p. 92. Voy. en sens contraire : Flandin, I, 599 et suiv. ; Mourlon, I, 88 ; II, 581 et 585. Ce dernier auteur s'était d'abord (*Examen critique*, no 335) prononcé dans le sens de notre opinion.

[43] Arg. art. 13 et 19 de la loi du 3 mai 1841. Bressolles, no 27. Troplong, no 104. Cabantous, *op. et loc. citt.* Voy. en sens contraire : Flandin et Mourlon, *opp. et locc. citt.*

[44] Bressolles, *loc. cit.* Troplong, no 105.

comme le sont les actes qui renferment des conventions de cette nature. Art. 1, n° 3.

B. *Des actes et jugements non soumis à transcription, quoique relatifs à des droits de propriété immobilière* [45].

1° Les actes qui, de leur nature ou en vertu d'une disposition spéciale de la loi, sont simplement déclaratifs ou recognitifs, et non translatifs de propriété immobilière, tels que les transactions et les partages, ne sont pas soumis à transcription.

La dispense de transcription existe, non-seulement pour les partages proprement dits, mais encore pour tous les actes à titre onéreux, dont l'effet est de faire cesser l'indivision d'une manière absolue, c'est-à-dire relativement à tous les communistes [46].

Cette dispense, indépendante de la cause qui a donné naissance à l'indivision, s'applique même aux partages ou licitations par lesquels des tiers, cessionnaires de l'un des communistes, seraient devenus propriétaires exclusifs des immeubles indivis [47].

Les prélèvements qu'en cas d'acceptation de la communauté, l'un ou l'autre des époux exerce sur les immeubles communs, ayant pour effet de faire cesser l'indivision, et équivalant ainsi à partage au point de vue de l'application de l'art. 883, les actes qui les constatent, sont, comme les partages proprement dits, dispensés de transcription [48].

[45] Nous ne mentionnons sous cette rubrique, ni la cession de biens, ni le délaissement par hypothèque, ni l'abandon fait par l'héritier bénéficiaire aux termes de l'art. 802, parce que ces actes ne touchent en aucune façon à la propriété, et n'entraînent qu'un déplacement de possession, d'où la conséquence que la question de savoir si de pareils actes sont ou non sujets à transcription, ne peut être soulevée. Il est du reste bien entendu que si le débiteur, en faisant une cession de biens volontaire, avait transféré à ses créanciers la propriété même des biens abandonnés, l'acte de cession serait sujet à transcription. Mourlon, I, 69 à 71. Flandin, I, 169 à 174.

[46] Cpr. § 625, texte n° 1, notes 2 à 10; texte et note 10 *supra*. Troplong, nos 50 et 51. Flandin, I, 194 et suiv.

[47] Demolombe, XVII, 289. Flandin, I, 208 et suiv. Civ. rej., 27 janvier 1857, Sir., 57, 1, 665. Le contraire est, à la vérité, admis en matière d'enregistrement, en ce qui concerne le droit de transcription. Voy. Civ. cass., 19 décembre 1845 et 11 février 1846, Sir., 46, 1, 113 et 116; Civ. cass., 26 janvier 1848, Sir., 48, 1, 246; Civ. cass., 9 janvier 1854, Sir., 54, 1, 124; Req. rej., 21 juillet 1858, Sir., 58, 1, 767. Mais les règles spéciales de la loi fiscale ne sont pas applicables dans les matières de Droit commun.

[48] Rivière et Huguet, nos 29 et suiv. Mourlon, I, 47. Gauthier, nos 71 et suiv.

Les transactions sont exemptes de transcription, alors même que portant sur un immeuble à la propriété duquel les deux parties prétendaient respectivement avoir droit, l'une d'elles renonce seule à ses prétentions, moyennant une somme d'argent payée par l'autre [49]. Que si, au lieu d'être consentie pour une somme d'argent, la renonciation était donnée moyennant la cession d'un immeuble qui ne faisait l'objet d'aucune contestation entre les parties, l'acte constatant la convention serait sujet à transcription, mais seulement en ce qui concerne cette cession [50]. Du reste, un acte qualifié de transaction, mais qui ne serait en réalité qu'une cession déguisée, ne pourrait être opposé aux tiers qu'autant qu'il aurait été transcrit [51].

2° Les actes contenant confirmation de conventions translatives de propriété immobilière ne sont pas soumis à transcription, quel que soit le vice de fond ou de forme que la confirmation a pour objet d'effacer [52]. Cette règle s'applique à la confirmation de conventions entachées de violence, d'erreur, de dol, ou de lésion, aussi bien qu'à celle de conventions annulables pour cause d'incapacité [53], et même à l'acte par lequel les héritiers du donateur au-

Flandin, I, 292 et suiv. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 62. En se fondant sur cette idée, parfaitement juste en elle-même, que le prélèvement s'exerce, non à titre de propriété, mais à titre de créance, et constitue ainsi une sorte de dation en paiement, le savant auteur en conclut que l'acte qui le constate est sujet à transcription. Mais il oublie que le prélèvement, quoique revêtu du caractère qu'il lui assigne, fait cependant cesser, quant à l'immeuble prélevé, l'indivision qui existait entre les époux, et que par ce motif il doit, comme équivalent à partage, être dispensé de transcription.

[49] Cpr. § 421, texte et notes 13 à 16. Rivière et Huguet, nos 19 et suiv. Troplong, nos 70 et suiv. Gauthier, nos 82 et 83. Flandin, I, 329 à 331. Voy. en sens contraire : Lesenne, n° 38 ; Mourlon, I, 74 et 75 ; II, 547. Ces derniers auteurs n'ont pas remarqué qu'nne transaction par laquelle, en reconnaissant les droits de la partie adverse, on se borne à renoncer à de simples prétentions, n'emporte pas renonciation à un droit dans le sens des art. 1 et 2 de la loi du 23 mars 1855.

[50] Rivière et Huguet, Troplong, et Gauthier, *locc. citt.* Mourlon, I, 73. Flandin, I, 332.

[51] Flandin, I, 333.

[52] Cpr. § 337. *Confirmatio nil dat novi.* Troplong, nos 97 et 131. Gauthier, n° 108. Flandin, I, 466.

[53] M. Mourlon, tout en admettant la proposition énoncée au texte, en ce qui concerne les actes confirmatifs de conventions passées par un incapable (I, n° 125, p. 330), la rejette quant aux actes confirmatifs de conventions entachées de violence, d'erreur ou de dol (I, n° 126, p. 335). Mais les motifs sur lesquels il fonde cette distinction, nous paraissent dénués de tout fondement, et ont été parfaitement réfutés par M Flandin (I, 467 à 479).

raient confirmé une donation nulle en la forme [54]. Mais il est bien entendu que la règle précitée ne s'appliquerait pas à un prétendu acte confirmatif d'une convention qui, à défaut de l'un des éléments essentiels à son existence, serait à considérer comme non avenue [55].

3° Les actes de renonciation purement abdicative à un droit de propriété immobilière, c'est-à-dire ceux par lesquels une personne renonce à un droit de cette nature qui lui était dévolu, mais qu'elle n'avait point encore accepté, ne sont pas sujets à transcription [56]. Tels sont les actes de renonciation pure et simple à une succession, à une communauté, ou à un legs non encore acceptés, lorsque d'ailleurs ils n'impliquent point par eux-mêmes acceptation tacite [57].

4° Les actes contenant résolution, même amiable, de contrats translatifs de propriété immobilière, ne sont pas soumis à transcription, lorsque celui qui les a consentis, n'y a donné les mains que pour éviter une résolution judiciaire à laquelle il lui eût été impossible de se soustraire [58].

[54] Mourlon, I, n° 125, p. 332. Flandin, I, 483. Cpr. Troplong, 97. Nous supposons que l'éminent magistrat, en dispensant de transcription l'acte confirmatif d'une donation nulle en la forme, a entendu parler, comme nous, d'une confirmation émanée des héritiers du donateur, puisque ce dernier n'est pas admis à confirmer une pareille donation, et que, s'il veut la maintenir, il est obligé de la refaire en la forme légale, au moyen d'un nouvel acte qui serait nécessairement sujet à transcription.

[55] Rivière et Huguet, n° 224. Voy. en sens contraire : Flandin, n° 480. Cet auteur part de l'idée que les conventions de la nature de celles dont il est question au texte, sont susceptibles de confirmation. Mais cette idée n'est point exacte. Voy. § 337, texte et note 5.

[56] *Non obstat* art. 1, n° 2. Il ressort du rapprochement des deux premiers numéros de l'art. 1 de la loi du 23 mars 1855, que le législateur n'a eu en vue, dans le n° 2, que les renonciations translatives, c'est-à-dire celles qui opèrent déplacement d'une propriété définitivement acquise. Troplong, n° 93. Rivière et Huguet, n° 66. Gauthier, n° 103. Flandin, I, 436 à 438.

[57] Nous avons indiqué, texte et note 27 *supra*, les actes de renonciation qui, impliquant de leur nature acceptation tacite, sont soumis à transcription. Voy. dans le sens de la proposition énoncée au texte : Bressolles, n° 17; Troplong, n°s 94 et 95; Rivière et Huguet, et Gauthier, *locc. citt.*; Mourlon, I, 125; Flandin, I, 441 à 445.

[58] Il résulte du rapprochement des dispositions du n° 4 de l'art. 1er, du n° 5 de l'art. 2, et de l'art. 4 de la loi du 23 mars 1855, que les jugements prononçant résolution de contrats translatifs de propriété immobilière, ne sont pas soumis à transcription. Et comme il en est ainsi par le motif qu'ils n'opèrent pas une véritable rétrocession, on doit décider, en vertu de la même raison, que les réso-

A plus forte raison en est-il ainsi de l'acte constatant la résolution opérée par l'exercice de la faculté de réméré que le vendeur s'était réservée [59].

Les actes de résolution, dispensés de transcription, ne sont pas même soumis à la formalité de la mention prescrite pour les jugements de résolution [60].

5° Les actes constatant l'exercice d'une faculté légale de retrait, même relative à des immeubles, ne sont pas non plus sujets à transcription [61].

Il en est ainsi, non-seulement du retrait d'indivision [62], mais encore du retrait successoral [63], et même du retrait de droits litigieux [64].

lutions consenties pour éviter de pareils jugements, sont également dispensées de cette formalité. Troplong, n° 244. Rivière et Huguet, n^os^ 6 et suiv. Gauthier, n° 48. Flandin, I, 221 et suiv. Mourlon, I, 44.

[59] Troplong, n° 245. Lesenne, n° 8. Gauthier, n° 28. Flandin, I, 85, 386 et 387. Mourlon, I, 67.

[60] Ce serait, en effet, ajouter aux exigences de la loi du 23 mars 1855, que d'étendre, aux actes de résolution amiable, une formalité que l'art. 4 de cette loi ne prescrit que pour les jugements de résolution ; et cette extension est d'autant moins admissible, que l'obligation de remplir cette formalité n'est imposée qu'à l'avoué qui a obtenu un pareil jugement, et non aux parties elles-mêmes. Bressolles, n° 69. Rivière et Huguet, n^os^ 6 et suiv. Troplong, n° 232. Flandin, I, 224 à 226. Mourlon, I, 44 ; II, 547.

[61] Les retraits légaux opèrent bien moins une nouvelle translation de propriété, qu'une simple subrogation du retrayant aux droits de l'acheteur ou du cessionnaire sur qui le retrait est exercé, de telle sorte que le retrayant est censé avoir acquis directement du vendeur ou du cédant. Il ne faut d'ailleurs pas oublier qu'en matière de retrait successoral et de retrait d'indivision, les tiers se trouvent déjà avertis, par la loi et par la nature du titre de l'acheteur ou du cessionnaire, de la possibilité et de l'éventualité de l'exercice du retrait. Mourlon, I, 65 ; II, 542.

[62] Cpr. art. 1408, al. 2 ; et § 507, texte et note 98. Flandin, I, 244 et suiv.

[63] Rivière et Huguet, n° 49. Gauthier, n° 78. Flandin, I, 237 et suiv. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 247. Suivant cet auteur, l'acte constatant l'exercice d'un retrait successoral devrait être transcrit, comme ayant pour effet de substituer un nouvel acheteur à l'acheteur primitif, et comme formant ainsi le complément de la vente. Mais cette raison ne nous paraît pas concluante, puisqu'il demeure toujours certain qu'il n'y a pas mutation de propriété de l'acheteur au retrayant. Il est d'ailleurs impossible de subordonner l'effet rétroactif du retrait, en ce qui concerne les droits antérieurement concédés par l'acheteur, à la transcription d'un acte qui n'existait pas encore ; et l'on arriverait ainsi, dans le système de M. Troplong, à cette bizarrerie, que les actes postérieurs au retrait seraient, à défaut de sa transcription, efficaces à l'égard du retrayant, tandis que les actes antérieurs ne pourraient lui être opposés.

[64] Les raisons juridiques développées aux notes 61 et 63 *supra* s'appliquent au

Il est bien entendu, du reste, que, si l'acheteur ou le cessionnaire n'avait pas fait transcrire son titre, le retrayant ne pourrait se prévaloir du retrait, vis-à-vis des ayants-cause du vendeur ou du cédant, qu'à charge de faire transcrire lui-même ce titre, et à partir seulement de la transcription [65].

6° Les cessions d'actions résolutoires de contrats translatifs de propriété immobilière, fondées sur le défaut d'accomplissement des obligations imposées à l'acquéreur, ne sont pas soumises à transcription [66].

Il en est de même de la cession de la faculté de réméré réservée par le vendeur [67].

retrait de droits litigieux, comme aux autres espèces de retraits. Il est vrai qu'en matière de retrait de droits litigieux, les tiers, pouvant ignorer l'existence de la contestation, ne sont pas toujours et nécessairement avertis de l'éventualité du retrait; mais leur ignorance à cet égard ne saurait empêcher, ni l'exercice même du retrait, ni son effet rétroactif. Rivière et Huguet, n° 50. Gauthier, n° 79. Flandin, I, 262. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 249.

[65] Le fait subséquent de l'exercice du retrait ne peut, en effet, influer sur les conditions d'efficacité de l'acte d'aliénation. Flandin, I, 242.

[66] De pareilles cessions, à la différence de celles qui auraient pour objet, soit des actions en nullité ou en rescision de contrats translatifs de propriété immobilière, soit des actions tendant à la restitution d'immeubles en vertu d'une résolution opérée de plein droit, n'impliquent pas, lors même qu'elles sont relatives à des immeubles, transmission d'un droit de propriété, et n'emportent que transport d'un simple droit de créance. Celui qui a aliéné un immeuble moyennant un prix ou des charges quelconques, se trouve complétement dépouillé de son droit de propriété, et n'est plus que créancier de ce prix ou de ces charges; et si, faute d'accomplissement des obligations contractées à son profit, il est autorisé à demander la résolution du contrat, ce droit subsidiaire et purement auxiliaire ne constitue cependant qu'un *jus ad rem*, qui ne se transformera en *jus in re* que par la résolution prononcée en justice, résolution que l'acquéreur ou ses créanciers peuvent toujours empêcher, en désintéressant le demandeur. Cpr. § 266. Mourlon, I, 18. Flandin, I, 390 à 392. Voy. cep. Mourlon, II, 568 *bis*.

[67] Le vendeur avec faculté de rachat se dépouille, malgré la réserve de cette faculté, de tout droit de propriété, et ne conserve qu'un simple *jus ad rem*, ainsi que la Cour de cassation l'a parfaitement établi par son arrêt du 21 décembre 1825 (Req. rej., Sir., 26, 1, 275). La cession d'une faculté de rachat stipulée dans une vente d'immeubles, ne constitue donc pas le transport d'un droit de propriété immobilière, et n'est dès lors pas soumise à transcription. En vain objecte-t-on que l'acquéreur à pacte de rachat ne devenant propriétaire que sous l'éventualité de la résolution de son titre, le vendeur, de son côté, doit être considéré comme propriétaire sous condition suspensive. Cette idée, que nous avons nous-même admise au § 357, texte et notes 23 à 26, nous semble, après un plus mûr examen, manquer d'exactitude. En effet, la faculté de réméré n'est pour le vendeur qu'un moyen de rentrer dans la propriété de l'im-

7° Les jugements qui n'opèrent pas transmission de propriété immobilière, ou qui ne constatent pas l'existence d'une transmission de cette nature, opérée par convention verbale, sont dispensés de transcription, quoique relatifs à des droits de propriété immobilière [68]. Il en est ainsi notamment des jugements prononçant la résolution, la nullité ou la rescission d'un acte translatif de propriété immobilière [69], et des jugements d'adjudication sur folle enchère, alors du moins que l'adjudication primitive a été transcrite [70].

Toutefois, la loi impose à l'avoué qui a obtenu un pareil jugement, l'obligation d'en faire opérer la mention en marge de la transcription de l'acte résolu, annulé ou rescindé, et ce, dans le mois à dater du jour où ce jugement a acquis l'autorité de la chose jugée. A cet effet il doit remettre un bordereau, rédigé et signé par lui, au conservateur, qui lui en donne récépissé. Art. *4*.

Cette règle s'applique également aux jugements prononçant la révocation d'actes translatifs de propriété immobilière, passés par

meuble par lui aliéné, et ne saurait être envisagée comme lui conférant *hic et nunc* un droit de propriété, même simplement conditionnel. S'il était nécessaire de pousser plus loin cette démonstration, nous ajouterions que ce qui marque bien la différence entre la faculté de réméré et un droit subordonné à une condition suspensive, c'est que le défaut d'exercice de cette faculté dans le délai à ce fixé n'emporte qu'une simple déchéance, dont l'effet n'est nullement de faire considérer la clause de réméré comme n'ayant jamais été stipulée, tandis que, dans le cas où une condition suspensive vient à défaillir, le contrat qui s'y trouvait subordonné est censé n'avoir jamais existé. Il est vrai que, si le cessionnaire vient à exercer le réméré, il s'opérera à son profit une véritable mutation de propriété, qui ne sera pas rendue publique par la transcription. Mais le même résultat se présente, lorsque le cessionnaire d'un prix de vente fait prononcer en justice, ou obtient à l'amiable la résolution du contrat, et cependant, dans cette hypothèse, il paraît impossible d'exiger la transcription, soit de la cession elle-même, soit du jugement qui prononce la résolution. Nous comprendrions que le législateur eût soumis à la transcription l'acte ou le jugement constatant l'exercice du réméré; mais il ne l'a point fait, et ce serait ajouter aux dispositions de la loi que d'exiger l'accomplissement de cette formalité. Rivière et Huguet, nos 109 et suiv. Voy. en sens contraire : Troplong, nos 59 et 60; Lesenne, n° 10; Gauthier, n° 48; Mourlon, I, 16 et 17, II, 568 *bis*; Flandin, I, 384 et 385.

[68] Les jugements n'étant, en général, que déclaratifs, ils ne sont sujets à transcription que dans les cas exceptionnels où la loi les y a expressément soumis. Cpr. art. 1, nos 3 et 4. Troplong, nos 44 et 159. Flandin, I, 487, 539 et 631; II, 898.

[69] Arg. art. 4 de la loi du 23 mars 1855.

[70] Cpr. texte lett. A et note 38 *supra*.

un débiteur en fraude des droits de ses créanciers [71]. Mais il ne semble pas qu'on doive l'étendre aux jugements qui, après avoir reconnu l'existence d'une résolution opérée de plein droit, en consacrent simplement les conséquences [72].

Lorsque l'acte résolu, annulé ou rescindé, quoique postérieur au 1er janvier 1856, n'a pas été transcrit, l'avoué qui a obtenu le jugement, est dispensé de toute obligation d'en faire opérer, soit la mention, soit la transcription [73]. Que s'il s'agissait d'un acte non transcrit, ayant acquis date certaine avant le 1cr janvier 1856, l'avoué devrait, dans le délai ci-dessus indiqué, faire transcrire le jugement d'annulation, de rescision ou de résolution [74].

L'avoué qui a négligé de se conformer aux dispositions relatives à la mention ou à la transcription, suivant les cas, du jugement prononçant la résolution, la nullité ou la rescision, est pour ce fait passible d'une amende de 100 fr.; mais le défaut d'accomplissement de ces formalités n'exerce aucune influence sur les effets du jugement, qui n'en est pas moins opposable aux tiers [75].

C. *Des conséquences du défaut de transcription dans les cas où elle est requise.*

Le défaut de transcription n'entraîne, ainsi que cela a été établi en tête du présent paragraphe, qu'une inefficacité purement rela-

[71] Troplong, nº 220. Flandin, I, 630. Mourlon, II, 535. Voy. en sens contraire : Rivière et Huguet, nº 269.

[72] De pareils jugements ne rentrent pas sous le texte de l'art. 4, puisqu'ils ne prononcent aucune résolution. Et comme il s'agit ici d'une disposition pénale, l'interprétation extensive n'est point admissible. Rivière et Huguet, nº 260. Voy. cependant : Troplong, nº 214 ; Flandin, I, 612 et 613; Mourlon, II, 528.

[73] Troplong, nº 223. Flandin, I, 639.

[74] Art. 11, al. 3. Lesenne, nº 156. Rivière et Huguet, nº 424. Vouziers, 11 avril 1861, Sir., 61, 2, 514. Cpr. cep. : Troplong, nos 359 à 362; et Mourlon, II, 1111. Suivant M. Troplong, la transcription dont s'agit n'aurait pas besoin d'être intégrale; mais c'est là créer une distinction contraire au texte de la loi. D'après M. Mourlon, la transcription devrait avoir lieu, alors même que l'acte, annulé, rescindé ou résolu, aurait été transcrit; mais l'opinion de cet auteur est directement contraire au texte du troisième alinéa de l'art. 11, qui ne parle que d'un acte non transcrit.

[75] *Exposé de motifs* de l'art. 4 de la loi du 23 mars 1855 (Sir. *Lois annotées*, 1855, p. 25, nº 5). Bressolles, nº 63. Rivière et Huguet, nos 303 et suiv. Flandin, I, 609. Mourlon, II, 555.

tive du titre non transcrit. L'application de ce principe présente à résoudre la double question de savoir, quelles sont les personnes autorisées à se prévaloir, en qualité de tiers, du défaut de transcription des actes ou jugements qu'on prétendrait leur opposer, et quelles sont les conditions auxquelles elles peuvent en exciper.

1° Les personnes admises à se prévaloir du défaut de transcription sont toutes celles, et exclusivement celles, qui ont acquis sur un immeuble, soit du chef du dernier propriétaire ou de ses représentants, soit du chef des précédents propriétaires, des droits qu'elles ont conservés en se conformant aux lois [76].

Cette proposition conduit à une double série d'applications, dont les unes concernent les personnes autorisées à exciper du défaut de transcription, et les autres, celles qui n'y sont point admises.

a. Les tiers autorisés à opposer le défaut de transcription sont non-seulement ceux qui ont acquis des droits réels sur l'immeuble transféré par l'acte non transcrit, mais même ceux qui n'ont acquis sur cet immeuble que des droits personnels de bail ou d'antichrèse sujets à transcription [77].

D'un autre côté, il importe peu que ces tiers tiennent leurs droits d'une convention passée avec l'auteur de l'acte non transcrit, ou de la loi elle-même [78].

[76] Aux termes de l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII, les actes non transcrits n'étaient pas opposables *aux tiers qui avaient contracté avec le vendeur*, et qui s'étaient conformés aux dispositions de cette loi. Mais cette rédaction, trop restreinte, pouvait conduire à refuser le droit de faire valoir le défaut de transcription à des personnes auxquelles il devait être accordé pour atteindre complétement le but que le législateur avait en vue. Aussi l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855 s'exprime-t-il d'une manière plus large, et porte-t-il que les actes non transcrits ne peuvent être opposés *aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble.* Ces dernières expressions ne laissent plus place au doute, et indiquent bien nettement qu'on doit comprendre parmi les personnes autorisées à se prévaloir du défaut de transcription, non-seulement ceux qui ont traité avec le vendeur, mais encore ses créanciers à hypothèque légale et judiciaire, ainsi que les ayants-cause et les créanciers hypothécaires des précédents propriétaires. Toutefois, ce serait donner à ces expressions une extension arbitraire, et même contraire à l'esprit de la loi, que de l'appliquer, soit au vendeur lui-même dans ses rapports avec les ayants-cause de l'acquéreur, soit à ces derniers dans leurs rapports respectifs, en tant qu'il s'agit du défaut de transcription du titre de leur auteur commun. Cpr. notes 84 et 96 *infra.*

[77] Voy. pour la justification de cette proposition : § 174, texte n° 3 et note 15.

[78] *Lex non distinguit.* Cpr. § 704, texte et note 25. Rivière et Huguet, n° 177. Lesenne, n° 69. Flandin, II, 869. Mourlon, II, 437. Voy. en sens contraire : Troplong, n^os^ 154 et 156 ; Lemarcis, p. 24 ; Sellier, n° 305.

Ainsi, le défaut de transcription peut être opposé :

α. Par un second acquéreur, même à titre gratuit, et par ceux en faveur desquels ont été constituées des servitudes personnelles ou réelles ;

β. Par un preneur à bail de plus de dix-huit ans et par le créancier avec antichrèse ;

γ. Enfin par les créanciers hypothécaires, peu importe que leur hypothèque soit conventionnelle, légale, ou judiciaire, et peu importe également que la créance pour sûreté de laquelle une hypothèque conventionnelle ou judiciaire a été obtenue, soit postérieure ou antérieure à l'acte d'aliénation non encore transcrit au moment de l'inscription de cette hypothèque [79].

Les personnes à considérer comme tiers d'après les explications précédentes, sont autorisées à opposer le défaut de transcription du dernier acte d'aliénation, sans qu'il y ait à distinguer entre le cas où leurs droits procédent du chef de l'auteur de cet acte, et celui où ils les tiennent des précédents propriétaires, lorsque d'ailleurs ces droits ne sont pas devenus inefficaces par suite de transcriptions d'actes d'aliénation antérieurs.

Les tiers, recevables à exciper du défaut de transcription, peuvent en général le faire valoir malgré la connaissance de fait qu'ils auraient acquise, par des voies quelconques, de l'existence de l'acte non transcrit [80].

Il en serait toutefois autrement, si la convention qu'ils ont passée avec l'auteur de cet acte, avait été frauduleusement concertée dans le but d'en neutraliser ou d'en restreindre les effets [81].

[79] Cette dernière proposition est contestée par M. Mourlon (II, 490). Dans l'opinion de cet auteur, le créancier qui n'a obtenu hypothèque que postérieurement à l'aliénation de l'immeuble, ne peut se prévaloir de l'absence de transcription, lorsque sa créance est d'une origine antérieure à cette même aliénation. Pour réfuter cette opinion paradoxale, qui, d'après M. Mourlon lui-même, conduit à un résultat déplorable, il suffira de faire remarquer que, si un acte d'aliénation est, quoique non transcrit, opposable à un créancier chirographaire comme tel, il n'en est plus de même dès que ce créancier, devenu hypothécaire, fait valoir le droit réel attaché à son hypothèque.

[80] Cpr. § 704, texte et note 33. Bressolles, nº 43. Lesenne, nº 81. Rivière et François, nos 48 et 49. Troplong, nº 190. Flandin, II, 871 à 882. Mourlon, II, 451 et 452. Civ. rej., 3 thermidor an XIII, Sir., 6, 1, 60.

[81] Arg. art. 1382. Cpr. § 704, note 32. Req. rej., 8 décembre 1858, Sir., 60, 1, 991. Req. rej., 14 mars 1859, Sir., 59, 1, 833, Les auteurs cités à la note précédente se prononcent en général en ce sens. Voy. cependant : Mourlon, II, 452 à 454.

D'un autre côté, les administrateurs du patrimoine d'autrui, tels que les tuteurs ou les maris, chargés en cette qualité de faire opérer, dans l'intérêt des personnes dont ils administrent les biens, la transcription des actes passés au profit de ces personnes ou de leurs auteurs, ne sont pas admis à se prévaloir de son omission, lorsqu'ils avaient obtenu connaissance de l'existence des actes non transcrits antérieurement à l'acquisition de leurs propres droits[82]. Dans cette hypothèse, les successeurs universels de ces administrateurs ne sont pas davantage autorisés à opposer le défaut de transcription. Mais il en est autrement des successeurs particuliers qui, du chef de ces administrateurs, auraient acquis des droits sur l'immeuble transféré par un acte non transcrit[83].

b. Parmi les personnes qui ne sont pas admises à se prévaloir du défaut de transcription, il faut ranger :

α. Le vendeur lui-même. Ainsi, lorsque l'acquéreur, sans avoir fait transcrire son titre, a revendu l'immeuble à un sous-acquéreur qui a fait transcrire le sien, le vendeur n'est pas autorisé à opposer le défaut de transcription de la vente par lui consentie, soit pour se prétendre encore saisi de la propriété de l'immeuble à l'égard du sous-acquéreur, soit pour faire valoir contre lui son privilége ou son action résolutoire, qu'il n'aurait pas conservés par une inscription prise en temps utile[84].

[82] Bien que la loi du 23 mars 1855 ne reproduise pas la disposition de l'art. 941 du Code Napoléon, en ce qui concerne les personnes chargées de faire opérer la transcription, il n'est pas douteux, d'après les principes du Droit commun, que le tuteur ou le mari qui, ayant obtenu connaissance de l'acte à transcrire dans l'intérêt du pupille ou de la femme, a négligé d'accomplir la formalité, soit non recevable à se prévaloir de son omission, puisque le droit qui lui appartiendrait à cet égard comme tiers, se trouve neutralisé par l'obligation que sa qualité lui imposait et par le recours auquel elle donnerait lieu. Bressolles, nº 55. Troplong, nº 186. Flandin, I, 808 ; II, 844 et 845. Mourlon, II, 440.

[83] Quelle que soit l'opinion qu'on se forme sur le sens du mot *ayant-cause* dans l'art. 941 (Cpr. § 704, texte et note 31), on ne doit pas hésiter à reconnaître, en présence des termes généraux de l'art. 2 de la loi du 23 mars 1855, que les successeurs particuliers du tuteur ou du mari sont fondés à se prévaloir, comme tiers, du défaut de transcription de l'acte que leur auteur aurait dû faire transcrire. Flandin, II, 847. Mourlon, II, 441 à 443. Voy. en sens contraire : Troplong, *loc. cit.*

[84] Il est de toute évidence que l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855, en disant que les actes non transcrits *ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble*, n'a pu comprendre sous cette expression de *tiers* les parties elles-mêmes, à l'égard desquelles la transcription, comme mesure de publicité, était complétement inutile. Il n'est pas moins certain que la loi préci-

β. Les héritiers du vendeur. Ils ne sont pas recevables à exciper du défaut de transcription, pour soutenir que l'immeuble vendu par leur auteur fait encore partie de sa succession; et, à cet égard, il n'y a pas de différence à établir entre les héritiers purs et simples et les héritiers bénéficiaires [85].

Il y a mieux, si le défunt, après avoir vendu un immeuble à un étranger qui n'a pas fait transcrire son titre, l'avait vendu une seconde fois à un de ses héritiers présomptifs qui aurait fait transcrire le sien, ce dernier ne pourrait pas, après acceptation pure et simple de la succession de son auteur, opposer au premier acquéreur le défaut de transcription. Cette règle reçoit même application au cas où l'héritier ne se trouve appelé à la succession que concurremment avec d'autres [86]. Mais elle cesserait d'être applicable à l'héritier, même unique, qui n'aurait accepté la succession que sous bénéfice d'inventaire [87].

tée, loin d'avoir voulu abroger l'art. 1583 du Code Napoléon, qui déclare *la propriété acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur* par le seul effet du contrat, a adopté comme point de départ de ses dispositions le principe posé par cet article, et n'a eu d'autre objet que de régler les rapports des différents ayants-cause, immédiats ou médiats, du vendeur. Troplong, nos 48, 144, 164 et 165. Dalloz, *Rép.*, vo Transcription, no 460. Flandin, II, 839. Pont, *Des priviléges et des hypothèques*, no 261. Ce dernier auteur, tout en adoptant la proposition principale énoncée au texte, émet cependant, à l'occasion de diverses questions relatives au privilége du vendeur, et notamment aux nos 259 et 903, une théorie qui ne nous paraît pas exacte. Suivant lui, le vendeur resterait, dans son intérêt même, investi de la propriété vis-à-vis des tiers, tant que la vente n'aurait pas été transcrite. Mais c'est là dénaturer, à notre avis, le but de la loi du 23 mars 1855, dont l'objet a bien moins été de protéger le vendeur lui-même, que de garantir la sécurité des tiers qui traiteraient avec lui ou avec ses ayants-cause. De ce que, dans l'intérêt de ces tiers, et pour le maintien des droits par eux acquis, le vendeur est, jusqu'à la transcription, réputé ne pas s'être dessaisi du droit de propriété, on ne saurait conclure qu'il reste réellement investi de ce droit, et bien moins encore qu'il puisse se prévaloir contre les tiers d'une présomption qui n'a été admise qu'en leur faveur. Duverger, *Revue pratique*, 1860, X, p. 161.

[85] Troplong, nos 145 et 158. Flandin, II, 840 et 841. Mourlon, II, 421, 435 et 436.

[86] L'exception de garantie est, en effet, indivisible. Cpr. § 355, texte, notes 6 et 9. Dalloz, *Jur. gén.*, vo Vente, no 914. Flandin, II, 843.

[87] A l'appui de l'opinion contraire, MM. Flandin (II, 842 et 843) et Dalloz (*Jur. gén.*, vo Transcription, nos 462 et 465) invoquent les art. 941 et 1072 du Code Napoléon. A notre avis, l'argument qu'ils en tirent porte à faux. La doctrine enseigne et la jurisprudence décide, il est vrai, que les héritiers du donateur ne sont, pas plus que ce dernier, admis à se prévaloir du défaut de transcription de la donation, pour soutenir que les immeubles donnés font encore

γ. Les ayants-cause, même à titre particulier, du vendeur, qui ne seraient pas eux-mêmes assujettis, pour la conservation de leurs droits, à la formalité de la transcription.

Il en est ainsi notamment d'un preneur à bail pour dix-huit ans et au-dessous, dont le titre est postérieur à la vente de l'immeuble loué [88], et du légataire à titre particulier d'un immeuble que le défunt avait vendu avant la confection de son testament [89].

δ. Les créanciers chirographaires du vendeur ou des précédents propriétaires [90].

Les créanciers chirographaires d'une succession ne sont pas recevables à opposer le défaut de transcription des actes d'aliénation consentis par le défunt, alors même qu'ils ont pris inscription en vertu de l'art. 2111 [91]. Ils n'y sont pas davantage autorisés,

partie de la succession (cpr. § 704, texte et note 23); et nous reconnaissons nous-mêmes que, sous ce rapport, il n'y a pas de différence à faire entre l'héritier pur et simple et l'héritier bénéficiaire. Cpr. texte et note 85 *supra*. Mais la question qui nous occupe en ce moment est tout autre : il s'agit de savoir si l'héritier bénéficiaire ne peut pas, en son nom personnel et comme tiers acquéreur, exciper du défaut de transcription, pour faire maintenir la vente passée à son profit par le défunt; et la solution affirmative de cette question nous paraît être une conséquence forcée du principe que l'héritier bénéficiaire ne confond pas son patrimoine avec l'hérédité, et reste, en tant qu'il s'agit de la conservation de ses propres droits, un tiers par rapport aux actes passés par le défunt. Cpr. § 618, texte et notes 8 à 11. Voy. aussi texte et note 41 *supra*.

[88] Cette proposition n'est pas susceptible de difficulté, puisque le sort des baux de dix-huit ans ou au-dessous est encore aujourd'hui exclusivement réglé par les dispositions du Code Napoléon. Cpr. § 174, texte n° 3. Bressolles, n° 50.

[89] Mourlon, II, 435 et 438. Nous ne nous occupons que du cas où le legs est postérieur à l'aliénation, puisque, dans l'hypothèse contraire, il se trouverait, indépendamment de toute transcription, révoqué par le fait même de l'aliénation. Art. 1038. La solution que nous avons adoptée se fonde sur ce que, les testaments n'étant pas sujets à transcription, les légataires, même à titre particulier, ne rentrent pas dans la classe des personnes qui, ayant des droits sur l'immeuble, *les ont conservés en se conformant aux lois*. Ces dernières expressions supposent, en effet, l'accomplissement d'une mesure de publicité quelconque, et indiquent ainsi que les seules personnes autorisées à exciper du défaut de transcription, sont celles qui doivent également, pour la conservation de leurs droits, faire transcrire ou inscrire leurs titres. Bressolles, n° 43. Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 488.

[90] Il est établi, par le rapport de M. de Belleyme, que les mots *qui ont des droits sur l'immeuble*, ont été ajoutés à la rédaction primitive de l'art. 3, pour écarter les prétentions des créanciers chirographaires (Sir., *Lois annotées*, 1855, p. 28, n° 8). Troplong, n° 146. Bressolles, n° 47. Flandin, II, 848. Mourlon, II, 434.

[91] Cette inscription ne confère pas un véritable privilége aux créanciers qui

bien que la succession n'ait été acceptée que sous bénéfice d'inventaire, ou qu'elle ait été déclarée vacante.

Les créanciers chirographaires d'un commerçant failli ne sont pas non plus admis, par le seul effet du jugement déclaratif de faillite, à faire valoir le défaut de transcription des actes d'aliénation valablement passés par leur débiteur [92]. Ce droit ne leur appartient qu'autant qu'il a été pris inscription au nom de la masse, en conformité de l'art. 490 du Code de commerce, et à partir seulement de l'accomplissement de cette formalité [93].

Les personnes qui ont pratiqué une saisie sur un immeuble aliéné par le débiteur avant la transcription de la saisie, ne sont pas, en qualité de créanciers saisissants, autorisées à exciper du défaut de transcription de l'acte d'aliénation, pour repousser la

demandent la séparation des patrimoines, et n'empêche même pas l'héritier de disposer valablement des immeubles de la succession. Cpr. § 619, texte et notes 41, 49, 50 et 55. Mourlon, II, 489.

[92] Le jugement déclaratif de faillite, tout en opérant le dessaisissement du failli, et en conférant à ses créanciers des droits propres et distincts de ceux qu'ils tenaient de leur débiteur, ne leur attribue cependant aucun droit sur ses immeubles, dans le sens de l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855. Ce serait, en effet, une erreur de considérer comme dérivant, soit du dessaisissement, soit du jugement déclaratif de faillite, l'hypothèque, purement légale, que l'art. 490 du Code de commerce accorde aux créanciers du failli. Cette hypothèque, d'ailleurs, ne devenant efficace que par l'inscription, c'est à partir seulement de l'accomplissement de cette formalité, que les créanciers passent dans la catégorie des tiers admis à se prévaloir du défaut de transcription. Si nous admettons une solution différente quant à la transcription requise en matière de donation, c'est parce que, dans cette matière, l'art. 941 du Code Napoléon reconnaît le droit d'exciper du défaut de transcription à tous ceux qui y ont intérêt, sans exiger, comme l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855, qu'ils aient des droits sur l'immeuble, et que, par suite du jugement déclaratif de faillite, les créanciers même simplement chirographaires passent de la classe des ayants cause dans celle des tiers, et se trouvent ainsi en situation d'opposer le défaut de transcription qu'ils ont évidemment intérêt à faire valoir. Leur position est analogue à celle des créanciers du donateur qui ont frappé de saisie les immeubles donnés. Cpr. § 704, texte, notes 19 et 28. Rivière et François, n° 60. Rivière et Huguet, n^os^ 189 et suiv. Lesenne, n° 68. Flandin, II, 854 à 859. Dalloz, *op. et v° citt.*, n^os^ 476 et 477. Mourlon, II, 488. Voy. en sens contraire : Troplong, n^os^ 148 et 149.

[93] C'est ce que reconnaissent également les auteurs cités à la note précédente, à l'exception toutefois de M. Mourlon, qui refuse aux créanciers chirographaires d'un commerçant failli le droit de se prévaloir du défaut de transcription, dans le cas même où le syndic aurait pris inscription en vertu de l'art. 490. La solution de cet auteur sur ce point se rattache à l'idée que nous avons indiquée et combattue à la note 79 *supra*.

demande en distraction formée par l'acquéreur [94]. Il en est ainsi, non-seulement des créanciers chirographaires, mais encore des créanciers hypothécaires [95].

ε. Les ayants-cause d'un acquéreur qui n'a pas fait transcrire

[94] La transcription de la saisie a bien pour effet, aux termes de l'art. 686 du Code de procédure, de restreindre dans la personne du saisi la faculté de disposer, en ce qu'il ne peut plus aliéner l'immeuble au détriment de la poursuite. Mais elle ne confère au saisissant aucun droit sur cet immeuble, qui n'en demeure pas moins jusqu'au jugement d'adjudication la propriété du saisi. Aussi la proposition émise au texte est-elle généralement admise pour le cas où la saisie a été pratiquée par des créanciers chirographaires. Troplong, nº 147. Rivière et Huguet, nº 174. Sellier, nº 302. Dalloz, 1858, 2, 161, à la note. Flandin, II, 850 à 852. Voy. cep. Mourlon, II, 476 à 483. Cet auteur, distinguant entre le cas où la vente est antérieure et celui où elle est postérieure à la saisie, reconnaît que, dans le premier, la vente, même non transcrite, est opposable au créancier, dont la saisie faite *super non domino* ne saurait être maintenue. Mais il prétend que, dans le second cas, la préférence sera due au saisissant, pourvu que la transcription de la saisie soit antérieure à celle de la vente. Il en donne pour raison que, la saisie étant valable par elle-même, comme faite *super domino*, elle confère au saisissant qui l'a fait transcrire le droit de se prévaloir du défaut de transcription de la vente. La distinction proposée par M. Mourlon ne nous paraît pas admissible ; elle se rattache à un ordre d'idées qui n'est pas celui de la loi du 23 mars 1855. En effet, si la transcription de la saisie pouvait conférer au saisissant le droit de se prévaloir du défaut de transcription de la vente, elle devrait, dans le système de la loi précitée, le lui conférer tout aussi bien pour le cas où la vente est antérieure à la saisie, que pour celui où elle lui est postérieure. Voy. d'ailleurs la note suivante.

[95] Ce second point est vivement controversé ; mais nous ne voyons, quant à la question qui nous occupe, aucune différence entre la position du créancier chirographaire et celle du créancier hypothécaire, auquel la transcription de la saisie ne confère sur l'immeuble aucun droit nouveau, distinct de celui qu'il tient de son hypothèque, qui n'est pas mise en question et dont l'efficacité n'est nullement contestée. L'opinion contraire, en s'appuyant sur les dispositions de l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855, ne repose en définitive que sur la double confusion faite, d'une part, entre la qualité de saisissant et celle de créancier hypothécaire, d'autre part, entre la transcription des actes translatifs de propriété immobilière, requise par la loi précitée, comme condition de la translation de la propriété à l'égard des tiers, et la transcription des saisies immobilières, exigée par l'art. 678 du Code de procédure, comme simple formalité de la poursuite en expropriation forcée. Voy. en ce sens : Devilleneuve, *Dissertation*, Sir., 58, 2, 449; Dalloz, *Rép.*, vº Transcription, nº 472, et *Rec. per.*, 1858, 2, 161; Flandin, II, 853; Angers, 1er décembre 1858, Sir., 59, 2, 11; Req. rej., 13 juin 1860, 1, 352. Voy. en sens contraire : Huguet, *Revue pratique*, 1858, IV, p. 524 ; Caen, 1er mai 1858, Sir., 58, 2, 449 ; Besançon, 29 novembre 1858, Sir., 59, 2, 212. M. Mourlon (*op. et loc. citt.*) applique encore à cette hypothèse la distinction que nous avons indiquée et rejetée à la note précédente.

son acte d'acquisition, ne sont point à considérer comme des tiers les uns à l'égard des autres, et ne peuvent, par conséquent, se prévaloir du défaut de transcription du titre de leur auteur commun, pour contester l'efficacité des droits qu'ils ont acquis [96].

2° Les tiers ne sont recevables à exciper, en leur propre nom, du défaut de transcription qu'autant qu'ils ont conservé leurs droits au moyen, soit d'une transcription, soit d'une inscription, à moins cependant qu'il ne s'agisse d'une hypothèque légale dispensée de cette dernière formalité. Loi du 3 mars 1855, art. 3.

Cette condition n'est plus requise, lorsqu'une personne oppose le défaut de transcription, non de son propre chef, mais du chef d'une personne qui a conservé ses droits en se conformant à la loi. Ainsi, un sous-acquéreur qui n'a pas fait transcrire son titre, peut, du chef de son vendeur, c'est-à-dire du premier acquéreur dont le titre a été transcrit, opposer à toute personne tenant ses droits du vendeur originaire, l'absence d'une transcription antérieure à celle du titre de son auteur. Le droit qui appartient en pareil cas au sous-acquéreur, peut être exercé en son nom par tous ses ayants-cause, et même par ses créanciers simplement chirographaires, qui auraient intérêt à faire écarter les hypothèques inscrites, du chef du vendeur originaire, postérieurement à la transcription du titre de l'auteur de leur débiteur [97].

Lorsqu'une collision s'élève entre personnes tenant leurs droits du même auteur, chacune d'elles est admise à opposer aux autres le défaut de transcription ou d'inscription de leurs titres, à la seule condition d'avoir conservé ses propres droits.

Mais il en est autrement, lorsque le conflit existe entre personnes qui tiennent leurs droits d'auteurs différents. Dans ce cas,

[96] Des hypothèques ayant été successivement consenties sur le même immeuble par un acquéreur qui n'a point fait transcrire l'acquisition de cet immeuble, les créanciers dont les hypothèques sont les dernières en date pourraient avoir intérêt, en reconnaissant l'inefficacité de leurs propres hypothèques, à contester celles qui ont été constituées les premières, afin d'arriver par ce moyen à une distribution par contribution. Mais une pareille prétention ne serait point admissible, puisque, par l'effet même de la vente et dès avant la transcription, l'acquéreur devient propriétaire de l'immeuble par lui acquis, avec faculté d'en disposer ou de le grever d'hypothèques. Seulement les aliénations ou les hypothèques par lui consenties ne seront point opposables aux tiers qui, du chef de son auteur, auront acquis des droits sur cet immeuble et les auront dûment conservés.

[97] Ces différentes propositions, qui ne sont que des applications de l'art. 1166, ne paraissent pas susceptibles de contestation.

il ne suffit pas que celui qui veut opposer le défaut de transcription à son adversaire, ait fait transcrire ou inscrire son propre titre; il faut de plus que la formalité de la transcription ait été accomplie par rapport aux actes par lesquels son auteur immédiat et, le cas échéant, ses auteurs médiats sont devenus propriétaires. Cette proposition, fondée sur ce que le propriétaire d'un immeuble n'en est dessaisi, à l'égard des tiers, que par la transcription de l'acte d'aliénation qu'il a consenti, conduit aux applications suivantes :

En cas de collision entre un sous-acquéreur et les ayants-cause du vendeur originaire, le sous-acquéreur n'est admis à opposer à ces derniers le défaut de transcription ou d'inscription qu'autant que l'acte passé au profit du premier acquéreur, a été lui-même transcrit avant que les ayants cause du vendenr originaire aient fait transcrire ou inscrire leurs titres [98].

[98] Le but qu'a voulu atteindre le législateur de 1855 ne serait pas rempli, s'il suffisait à un sous-acquéreur de faire transcrire son propre titre pour écarter les ayants-cause du vendeur originaire, puisque, d'après la manière dont sont tenus les registres et répertoires des conservateurs des hypothèques, la transcription du titre du sous-acquéreur ne met nullement ces ayants-cause en situation de connaître l'aliénation consentie par leur auteur. Si, entre ayants-cause qui tiennent leurs droits d'un auteur commun, et par dérogation à la règle *Nemo plus juris in alienum transferre potest quam ipse haberet*, la loi de 1855 a dû, d'après son principe même, faire fléchir l'antériorité du titre devant la priorité de la transcription, ce n'est pas une raison pour en conclure qu'elle ait entendu écarter la règle précitée, dans le cas où le conflit s'élève entre personnes qui tiennent leurs droits d'auteurs différents. Dans ce cas, en effet, l'application de cette règle, loin de contrarier le but de la loi, en assure l'entière réalisation, comme nous espérons l'établir à l'aide de l'exemple suivant. Pierre vend un immeuble à Primus, qui, sans avoir fait transcrire son contrat, le revend à Secundus, dont le titre seul est soumis à la formalité. Un conflit s'élève entre ce dernier et Tertius, auquel Pierre a également vendu le même immeuble, et qui n'a fait transcrire son titre qu'après la transcription de celui de Secundus. Comment se réglera ce conflit ? En faisant abstraction de la maxime *Nemo plus juris* etc., on serait conduit à décider que Tertius, bien qu'il l'eût emporté sur Primus, sera cependant primé par Secundus, conclusion en opposition manifeste avec ce principe fondamental de la loi de 1855, que le vendeur n'est dessaisi à l'égard des tiers qu'au moyen de la transcription de l'acte par lequel il s'est dépouillé de sa propriété. Que si, au contraire, on applique, comme nous le proposons, la maxime précitée, on reconnaîtra que Primus, n'ayant jamais eu, à défaut de la transcription de son titre, qu'un droit de propriété relatif, non opposable à Tertius, n'a pu transférer à Secundus un droit plus solide que celui qu'il avait lui-même, et qu'ainsi Tertius doit l'emporter, conclusion parfaitement conforme au principe ci-dessus rappelé. En vain, pour repousser l'application de la

A plus forte raison, la même solution devrait-elle être admise, si la collision s'élevait entre un créancier hypothécaire de l'acquéreur

règle *Nemo plus juris* etc., dit-on que, dans la matière qui nous occupe, Secundus n'est point à considérer comme ayant-cause de Primus, mais comme un tiers. Cette objection ne repose que sur une équivoque. Il est vrai que, vis-à-vis de Tertius, Secundus est un tiers, comme l'eût été, le cas échéant, Primus lui-même. Mais il est tout aussi certain que c'est un tiers qui n'a pas directement acquis de Pierre, vendeur originaire, et dont conséquemment le titre n'est pas par lui-même plus opposable aux ayants-cause de celui-ci qu'il ne le serait s'il était émané *a non domino*. Au regard des ayants-cause de Pierre, le titre de Secundus n'emprunte sa valeur que de celui de Primus, et ne peut dès lors avoir une efficacité dont, faute de transcription, le titre de ce dernier se trouve dépourvu. Comment, en effet, serait-il possible d'admettre que, par le seul effet de la revente consentie au profit de Secundus et de la transcription de cette revente, le titre de Primus ait été affranchi de la nécessité d'une formalité à laquelle l'art. 1er de la loi du 23 mars 1855, qui pose le principe de la matière, soumet tous les actes translatifs de propriété immobilière! On argumente encore du texte de l'art. 3, et notamment des mots *jusqu'à la transcription*, *les droits résultant* etc. *ne peuvent être opposés aux tiers, qui ont des droits sur l'immeuble*, *et qui les ont conservés en se conformant aux lois*, dont on prétend conclure que tout acquéreur, qu'il tienne ses droits immédiatement ou médiatement seulement du vendeur originaire, n'a d'autre titre à faire transcrire que le sien propre, pour consolider sa propriété envers et contre tous. Mais en faisant cette argumentation, on oublie tout d'abord que l'art. 3 n'est que la sanction des dispositions de l'art. 1er, et qu'il serait contraire aux règles d'une saine interprétation d'y chercher une restriction à ces dispositions. On perd ensuite de vue que la transcription n'est qu'une mesure conservatoire, qui ne peut ajouter aucune force nouvelle aux droits tels qu'ils ont été acquis. L'accomplissement de cette formalité aura sans doute pour effet de consolider la propriété vis-à-vis des ayants-cause de la personne dont émane l'acte translatif qui y a été soumis. Mais c'est là tout ce que dit l'art. 3, ainsi que le prouve l'art. 6, qui en est le complément. Il ressort en effet de ce dernier article, que la transcription n'arrête le cours des inscriptions que sur le précédent propriétaire, c'est-à-dire sur l'auteur de l'acte transcrit, et non sur les propriétaires antérieurs, et qu'ainsi il n'est pas vrai de dire qu'elle consolide la propriété à l'égard de tous. Sans nous arrêter aux inductions plus ou moins hasardées qu'on a voulu tirer des travaux préparatoires de la loi du 23 mars 1855, qui ne jettent sur la question qu'une lumière fort incertaine, nous terminerons par une considération décisive au point de vue pratique. Le sous-acquéreur qui néglige de vérifier si le titre de son vendeur a été transcrit, commet une grave imprudence ; tandis que le tiers qui traite avec le vendeur originaire sur lequel il n'existe aucune transcription, n'a aucune faute à se reprocher, et deviendrait victime de sa confiance dans le principe posé par la loi elle-même, si le sous-acquéreur devait l'emporter sur lui. Humbert, nº 40. Lesenne, nos 63 à 65. Fons, nº 43. Ducruet, nos 14 et 24. Mourlon, II, 447 à 450, 593 à 601. Voy. en sens contraire : Rivière et François, nº 52 ; Rivière et Huguet, nº 212 ; Lemarcis, p. 35, nº 8 ; Pont, *Des priviléges et hypothèques*, nos 265 et 1292 ; Dalloz, *op. et vº citt.*, nos 493 et 494 ; Flandin, II, 887 et 892.

dont le titre n'a pas été transcrit, et un créancier hypothécaire du vendeur ou un autre acquéreur, qui n'aurait fait inscrire son hypothèque ou transcrire son contrat qu'après l'inscription prise par son adversaire [99].

Au cas de conflit entre les ayants-cause d'acquéreurs successifs, ceux qui tiennent leurs droits d'un acquéreur subséquent, ne peuvent exciper du défaut de transcription ou d'inscription contre les ayants-cause d'un acquéreur antérieur qu'autant que l'acte par lequel ce dernier a aliéné l'immeuble, a été lui-même transcrit avant que leurs adversaires aient fait transcrire ou inscrire leurs titres [100].

Les solutions qui viennent d'être données doivent être appliquées, quelles que soient les dates respectives des titres des parties contendantes [101], et alors même que le titre régulièrement

[99] Le contrat de vente passé au profit de l'acquéreur qui a constitué hypothèque n'ayant pas été transcrit, le vendeur est resté saisi de la propriété au regard des tiers, et par suite l'hypothèque ou la seconde vente qu'il a consentie, doit nécessairement l'emporter sur l'hypothèque procédant du chef de l'acquéreur. Lesenne, n° 66. Domenget, *Revue critique*, 1860, XVII, p. 334. Dalloz, *op. et v° citt.*, n^os^ 498 à 500. Cpr. Flandin, II, 893 à 895. Cet auteur, qui admet la solution donnée au texte, lorsque le conflit s'élève entre le créancier hypothécaire de l'acquéreur dont le titre n'a pas été transcrit, et un autre acquéreur qui a fait transcrire le sien, la rejette dans le cas où la collision existe entre deux créanciers hypothécaires. Voy. dans le même sens sur ce dernier point : Bressolles, n^os^ 48 et 86. Cette manière de voir serait exacte, sans doute, si la question devait encore être décidée par application de l'art. 834 du Code de procédure, d'après lequel la transcription n'était exigée que pour arrêter, à l'expiration du délai de quinzaine, le cours des inscriptions. Cpr. § 272, texte et notes 5 et 6. Mais elle ne saurait plus être admise sous l'empire de la loi actuelle, suivant laquelle la transcription est requise pour assurer la transmission de propriété à l'égard des tiers.

[100] Ainsi, supposons que le même immeuble ait, par suite de ventes et de reventes successives, passé entre les mains de Primus, de Secundus, de Tertius et de Quartus. Si Quartus a fait transcrire son titre, il pourra sans doute l'opposer aux ayants-cause de Tertius; mais, par cette seule transcription, il n'aura pas conservé ses droits au regard des ayants-cause de Secundus et de Primus, de telle sorte que, si l'acte de vente de Primus à Secundus et celui de Secundus à Tertius n'ont pas été transcrits, leurs ayants-cause l'emporteront sur lui, bien qu'ils n'aient fait inscrire ou transcrire leurs titres que postérieurement à sa transcription. Ce résultat se trouve suffisamment justifié par les développements donnés à la note 98.

[101] Suivant M. Troplong (n^os^ 166 et 168), ces dates devraient, au contraire, être prises en sérieuse considération. Ainsi, dans l'exemple posé à la note 98, cet auteur donne la préférence à Secundus sur Tertius, lorsque l'acquisition de

transcrit du tiers qui veut opposer le défaut de transcription, mentionnerait les noms ainsi que les actes d'acquisition des précédents propriétaires [102].

D. *Des rapports sous lesquels la transcription n'est pas requise; et des avantages qui y sont attachés, sous l'empire de la loi de* 1855, *comme d'après la législation antérieure.*

1° L'acquéreur d'un immeuble peut, sans avoir rempli la formalité de la transcription, faire valoir son droit de propriété, soit par voie de revendication, soit au moyen de l'action négatoire, contre toute personne qui, sans titre, ou en vertu d'un titre émané *a non domino*, possède cet immeuble, ou exerce une servitude dont elle le prétend grevé, et ce, bien que cette personne ait elle-même fait transcrire le titre sur lequel se fonde sa possession [103].

ce dernier est antérieure à celle de Secundus, par le motif que celui-ci a été induit en erreur par la négligence de Tertius à faire transcrire son contrat. Lors, au contraire, que l'acquisition de Tertius est postérieure à celle de Secundus, M. Troplong fait dépendre la question de préférence d'une nouvelle distinction, qui sera indiquée et discutée à la note suivante. Mais la solution donnée par cet auteur pour le premier cas nous paraît inadmissible. En tardant à faire opérer la transcription de son titre, Tertius s'est sans doute exposé aux risques de se voir primé par un autre ayant-cause de Pierre. Mais on ne peut pas dire que, par sa négligence, il ait fait éprouver un préjudice à Secundus, puisque celui-ci pouvait et devait, pour agir avec prudence, vérifier si le titre de Primus avait été transcrit, et, en cas de négative, faire procéder lui-même à la formalité.

[102] Nous sommes encore sur ce point en opposition avec M. Troplong, qui enseigne, au n° 167, que la transcription des contrats émanés des précédents propriétaires est inutile, lorsque le dernier contrat de mutation qui a été soumis à la formalité, indique les noms des vendeurs antérieurs. Cette opinion nous paraît erronée à un double point de vue. D'une part, en effet, la seule mention des noms des précédents propriétaires ne saurait remplacer la transcription, qui, d'après la loi, doit être intégrale, pour faire connaître aux tiers toutes les conditions de la transmission de propriété. D'autre part, la transcription du dernier acte de mutation, renfermât-il les noms des vendeurs antérieurs, ne mettrait pas les ayants-cause de ces derniers en situation de connaître les aliénations consenties par leurs auteurs, puisque les conservateurs des hypothèques n'indiquent aux répertoires que les noms des parties qui ont figuré dans l'acte transcrit, et ne peuvent y mentionner ceux des personnes qui sont simplement rappelées dans cet acte, comme ayant été précédemment investies de la propriété de l'immeuble vendu, et sur lesquelles aucune transcription n'a été opérée. Bressolles, n° 86. Lesenne, n° 64. Ducruet, n° 14. Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 495. Flandin, II, 888 à 891. Mourlon, II, 600.

[103] Dans cette hypothèse, en effet, il ne s'agit plus d'une simple question de

Réciproquement, les tiers qui ont à exercer des droits sur un immeuble, peuvent les poursuivre contre l'acquéreur de cet immeuble, dès avant la transcription de son titre [104].

Celui qui, par juste titre et de bonne foi, a acquis un immeuble *a non domino,* peut invoquer l'usucapion par dix à vingt ans, bien qu'il n'ait pas fait transcrire son titre [105].

préférence entre des ayants-cause immédiats ou médiats d'un auteur commun, c'est-à-dire d'une question de nature à être décidée par la priorité de la transcription, mais d'une contestation sur la validité même du titre du défendeur, titre dont la transcription n'a pu purger le vice. Cpr. § 174, texte et note 27.

[104] Grenier, *Des hypothèques*, II, 346. Poitiers, 18 janvier 1810, Sir., 10, 2, 374.

[105] La loi du 23 mars 1855 ne soumet à la transcription que les actes qui doivent et peuvent par eux-mêmes transférer la propriété. Or la propriété de celui qui, ayant acquis un immeuble *a non domino*, l'a possédé pendant le temps requis par l'art. 2265, repose bien moins sur la vente à lui consentie que sur l'usucapion qui s'est accomplie à son profit, puisque l'acte de vente n'est invoqué que pour colorer la possession, et pour assurer à l'acquéreur l'avantage de l'abréviation du temps ordinaire de la prescription. D'un autre côté, il ressort des dispositions des art. 3 et 6 de la loi précitée, que la transcription doit produire immédiatement et par elle-même l'effet que la loi y attache, tandis que, dans l'hypothèse qui nous occupe, elle serait en soi destituée de toute efficacité, et n'emprunterait sa force qu'à l'accomplissement de l'usucapion, dont elle serait simplement une condition. En vain objecte-t-on que le défaut de transcription peut être opposé par tout tiers ayant des droits sur l'immeuble, et partant par le véritable propriétaire. Cette objection trouve sa réfutation dans le but tout spécial de la loi de 1855, qui a voulu consolider le crédit foncier, en assurant la sécurité des tiers acquéreurs ou créanciers, et qui n'a eu nullement pour objet de protéger le propriétaire négligent, que la perte de la possession constitue suffisamment en demeure de faire valoir ses droits. En vain également invoque-t-on l'art. 2180, aux termes duquel la prescription de dix à vingt ans ne court au profit du tiers détenteur, en ce qui concerne l'extinction des priviléges et hypothèques, qu'à partir de la transcription de son titre. En effet, la disposition toute spéciale de cet article s'explique par la circonstance qu'une simple substitution de personnes dans la détention de l'immeuble hypothéqué n'étant pas pour le créancier un indice certain de la mutation de propriété, le législateur a dû exiger, dans son intérêt, une transcription qui la lui révélât. On doit d'autant moins hésiter à adopter l'opinion émise au texte, que la transcription, s'opérant non sur l'immeuble, mais sur les parties qui figurent dans l'acte d'aliénation, l'accomplissement de cette formalité n'apprendrait rien au véritable propriétaire qui ne connaîtrait pas déjà l'existence de la vente. Rivière et François, n° 39. Lesenne, n° 40. Rivière et Huguet, n^os^ 238 et suiv. Mourlon, II, 512. Agen, 24 novembre 1842, Sir., 43, 2, 177. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 177 et suiv.; Sellier, n° 303 ; Dalloz, *op. et v° citt.*, n^os^ 508 et suiv.; Flandin, II, 905 et suiv.; Lyon, 17 février 1834, Sir., 35, 2, 18. On cite également dans ce sens un arrêt de la Cour de Bordeaux du 26 février 1851, Sir., 51, 2, 244. Mais cet arrêt, qui

Mais entre ayants-cause qui tiennent leurs droits d'un auteur commun, l'usucapion de dix à vingt ans ne saurait être invoquée par celui des acquéreurs qui n'a pas transcrit, contre celui qui a rempli cette formalité [106].

Du reste, l'acquéreur qui n'a pas transcrit, est toujours admis, en faisant abstraction de son titre, à se prévaloir, contre un autre ayant-cause de l'auteur commun, de l'usucapion de trente ans, laquelle, dans ce cas-là même, commence à courir à partir de son entrée en possession, et non pas seulement à dater de la vente passée au profit de son adversaire [107].

2° La transcription constitue, comme sous le Code Napoléon, la première des formalités que doit remplir l'acquéreur qui veut procéder au purgement des priviléges et hypothèques inscrits sur l'immeuble. Art. 2181.

La transcription confère en outre à l'acquéreur les deux avantages suivants :

a. Elle arrête immédiatement et par elle-même, du moins en

a simplement décidé que le donataire ne peut invoquer la prescription de dix à vingt ans, pour repousser l'exception tirée du défaut de transcription de son titre, est complétement étranger à notre question.

[106] Les développements donnés aux notes 104 et 105 expliquent suffisamment cette proposition, qui n'est aucunement contraire à celle qui la précède. Vainement dit-on qu'il serait bizarre d'admettre l'usucapion par dix à vingt ans en faveur de celui qui a acquis *a non domino*, et d'en refuser le bénéfice à celui qui tient ses droits du véritable propriétaire. En faisant cette objection, on perd de vue qu'il y a là deux situations toutes distinctes : l'une, relative à un conflit entre le légitime propriétaire et l'acquéreur *a non domino*, doit se régler par la prescription, tandis que l'autre, relative à une collision de droits entre ayants-cause du propriétaire, ne soulève qu'une question de préférence à décider par la priorité de la transcription. Dans cette dernière hypothèse, l'acquéreur qui a négligé de faire transcrire son titre, ne peut invoquer la prescription de dix à vingt ans comme remplaçant la transcription. Aussi ce point de doctrine paraît-il généralement admis. Bressolles, n° 54. Rivière et François, n° 54, Troplong et Dalloz, *locc. citt.* Flandin, II, 909. Mourlon, II, 509 et 510. Bordeaux, 26 février 1850, Sir., 51, 2, 244. Voy. cep. en sens contraire : Humbert, n° 41. Cpr. aussi Mourlon, II, 511.

[107] Voy. en sens contraire : Mourlon, II, 507 et 508. Cet auteur enseigne que l'usucapion de trente ans ne court, en pareil cas, qu'à dater de la vente passée au profit du second acquéreur, parce que, suivant lui, le premier acquéreur n'avait pas jusque-là d'adversaire contre lequel il pût prescrire. Mais, à notre avis, cette observation n'est pas complétement exacte, puisque, du jour même de son entrée en possession, le premier acquéreur se trouvait exposé à une éventualité d'éviction qui pouvait se réaliser à chaque instant, et contre laquelle doit le protéger la prescription de trente ans.

règle générale, le cours des inscriptions sur le précédent propriétaire. Loi du 23 mars 1855, art. 6. Les modifications que cette loi a apportées sous ce rapport aux dispositions du Code Napoléon et du Code de procédure, seront exposées aux §§ 272 et 278.

b. Comme sous le Code Napoléon, la transcription met encore l'acquéreur en position de prescrire, par dix à vingt ans, la libération des priviléges et hypothèques dont l'immeuble acquis se trouve grevé. Art. 2180, n° 4.

V. *De l'usucapion ou de la prescription acquisitive*[1].

§ 210.

Notions préliminaires.

La prescription, dans l'acception étendue de ce terme, comprend tout à la fois l'usucapion ou la prescription acquisitive, et la prescription proprement dite ou extinctive. Art. 2219.

L'usucapion est moins un moyen d'acquérir, dans le sens propre du mot, qu'un moyen de consolider, à l'aide d'une possession revêtue de certains caractères et continuée pendant un laps de temps déterminé, une acquisition sujette à éviction, ou même simplement présumée[2]. De là, l'effet rétroactif attaché à l'accomplissement de l'usucapion[3].

La prescription proprement dite est une exception au moyen de laquelle on peut, en général, repousser une action, par cela seul que celui qui la forme a, pendant un certain laps de temps,

[1] BIBLIOGRAPHIE. *Traité des prescriptions*, par Dunod; 3e édit., Paris 1753, 1 vol. in-4°. *Traité de la prescription*, par Pothier, dans ses œuvres. *Die Lehre von der Verjährung nach den Grundsätzen des französischen Civilrechts*, par Planck; Gœttingue 1809, 1 vol. in-8°. *Traité des prescriptions*, par Vazeille; 2e édit., Paris 1832, 2 vol. in-8°. *De la prescription*, par Troplong; Paris 1835, 2 vol. in-8°.

[2] Tel nous paraît être le véritable caractère de l'usucapion envisagée dans son principe rationnel. Il peut sans doute arriver en fait que l'usucapion ait pour résultat de transformer en propriété une possession à l'appui de laquelle il n'a jamais existé de titre; mais on ne saurait admettre qu'en instituant l'usucapion, le législateur ait eu la pensée de sanctionner l'usurpation ou la spoliation. Cpr Marcadé, sur l'art. 2219, n° 2.

[3] Troplong, II, 826. Cpr. art. 1402; § 507, texte et notes 47 à 49.

négligé de l'intenter ou d'exercer de fait le droit auquel elle se rapporte[4].

Le fondement de l'usucapion se trouve dans la nécessité d'assurer la stabilité de la propriété (*ne dominia in perpetuum incerta maneant*). Sans l'appui de l'usucapion, la propriété resterait toujours sujette à contestation, puisque, pour justifier d'une manière absolue de son droit de propriété, il ne suffirait pas au dernier acquéreur de produire son titre, et qu'il se trouverait dans la nécessité de prouver de plus le droit de propriété de son auteur immédiat, et même selon les cas, celui des prédécesseurs de ce dernier, preuve à peu près impossible par cela même qu'elle serait indéfinie, et à laquelle il peut suppléer par celle de l'usucapion. Quant à la prescription, elle repose sur la nécessité de garantir la position des individus et des familles contre les perturbations auxquelles le patrimoine serait exposé par suite de réclamations trop longtemps différées[5].

L'usucapion ne peut avoir pour objet que des immeubles corporels, ou certains droits réels immobiliers[6]. La prescription, au contraire, s'applique en général à toute espèce de droits ou d'actions[7].

L'usucapion ayant pour effet de consolider, à tous égards et envers toute personne, une acquisition préexistante ou présumée telle, donne à la fois une exception et une action. La prescription

[4] A la différence de l'usucapion, toujours subordonnée à la possession de celui qui s'en prévaut, la prescription proprement dite ne requiert, en général, d'autre condition que l'inertie ou la négligence de celui contre lequel elle est invoquée. Toutefois, il est des cas particuliers où la prescription elle-même suppose, de la part de la personne qui doit en profiter, la possession de l'objet auquel se rapporte l'action qu'il s'agit de prescrire. C'est ainsi que le défendeur à une action en revendication ne peut y opposer l'exception de prescription qu'autant qu'il a possédé l'immeuble revendiqué pendant le temps requis pour l'usucapion. Cpr. § 772, texte n° 1 et note 1. C'est ainsi encore que, pour pouvoir se défendre à l'aide de la prescription contre les poursuites dirigées contre lui, le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué est tenu de justifier de l'accomplissement de conditions analogues à celles qui sont requises pour l'usucapion. Cpr. § 293. C'est ainsi enfin, que la prescription des actions en indemnité dont il est question aux art. 643 et 685, est subordonnée à une condition de possession.

[5] Voy. sur la distinction à faire entre la prescription extinctive et les déchéances qu'entraîne l'écoulement du délai préfix auquel la loi, en accordant une action, en a limité l'exercice : § 771, texte et notes 7 à 15.

[6] Cpr. § 178 et § 183, note 3.

[7] Voy. quant aux exceptions dont cette règle est susceptible : § 772.

n'étant qu'un moyen de repousser une action, ne confère jamais qu'une exception.

Malgré ces différences si profondes entre l'usucapion et la prescription proprement dite, les rédacteurs du Code Napoléon, entraînés par l'exemple de Justinien, dont la législation leur a servi de guide en cette matière, ont confondu dans un même titre les règles relatives à l'une et à l'autre espèce de prescriptions[8].

D'après le plan de notre ouvrage, nous n'aurions à nous occuper ici que de l'usucapion. Toutefois, pour éviter des redites, nous exposerons aux §§ 211 à 215 *bis* les règles communes à l'usucapion et à la prescription proprement dite.

A. *Des règles communes à l'usucapion et à la prescription proprement dite*[1].

§ 211.

Des personnes qui peuvent prescrire, et de celles contre lesquelles on peut prescrire.

1° Par cela même que toute personne, physique ou morale, est capable d'acquérir des immeubles, et possède un patrimoine, toute personne aussi est admise à se prévaloir, soit de l'usucapion, soit de la prescription. Art. 2227.

Cette proposition a cependant été controversée, en ce qui concerne l'étranger et le mort civilement. Nous nous bornerons à renvoyer à cet égard aux §§ 78 et 82, où nous avons établi que son application est indépendante de la jouissance plus ou moins complète des droits civils[2].

2° La prescription est en principe, et sauf les cas où le cours en est exceptionnellement suspendu en vertu d'un privilége personnel, admise contre toute personne physique ou morale. Art. 2251.

Ainsi, on prescrit contre l'État, les communes, ou les établisse-

[8] Cette confusion a fait naître des doutes sur le sens et la portée de plusieurs dispositions du Code Napoléon. Voy. entre autres : Art. 2229 et 2257. Cpr. Civ. cass., 21 décembre 1858, Sir., 62, 1, 1076.

[1] Sauf indication contraire, nous comprendrons ici sous le terme *prescription*, et l'usucapion et la prescription proprement dite.

[2] Voy. § 78, texte, notes 36, 55 et 56 ; § 82, texte, notes 29 et 30.

ments publics, tout aussi bien que contre les simples particuliers. Art. 2227.

Ainsi encore, on prescrit indistinctement contre les personnes présentes et contre les absentes [3], contre celles qui sont informées du cours de la prescription et contre celles qui l'ignorent [4].

Enfin, la prescription peut même être invoquée contre les militaires en activité de service [5].

La prescription est en général soumise aux mêmes conditions, quelle que soit la position particulière de ceux contre lesquels elle court. Art. 2227 et arg. de cet article.

Toutefois, le temps requis pour l'usucapion avec juste titre et bonne foi, est sujet à augmentation, lorsque le propriétaire de l'immeuble qui en est l'objet, n'est pas domicilié dans le ressort de la Cour impériale où cet immeuble est situé. Art. 2265 et 2266.

D'un autre côté, les conditions de la prescription extinctive, invoquée en matière personnelle contre un étranger, sont réglées, non par la loi française, mais par sa loi nationale [6].

§ 212.

Du temps requis pour prescrire, et principalement de la manière de le calculer.

Toute prescription exige l'écoulement d'un certain laps de temps [1], qui varie pour les différentes prescriptions, ainsi que nous l'expliquerons ultérieurement. Quelle qu'en soit la durée, ce temps se calcule d'après les règles suivantes :

[3] Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. I, § 7, art. 2, quest. 6. Vazeille, I, 312. Troplong, II, 709. Duranton, XXI, 285. Req. rej., 25 octobre 1813, Sir., 15, 1, 51.

[4] Merlin, *op. et v° citt.*, sect. I, § 7, art. 2, quest. 8. Troplong, II, 714. Duranton, *loc. cit.*

[5] Cpr. § 161.

[6] Cpr. à cet égard § 31, texte n° 4, notes 59 et 60. Voy. cep. Consultation délibérée par MM. Ballot, Demangeat, Plocque et Vatismenil (*Revue pratique*, 1859, VIII, p. 333). D'après cette consultation, ce serait le lieu où l'obligation a été formée qui réglerait les conditions de la prescription. Nous reconnaissons que les raisons invoquées à l'appui de cette solution ne manquent pas de gravité.

[1] Art. 2219. Nous ne saurions admettre l'idée de prescription instantanée, mise en avant par certains auteurs pour expliquer la disposition du premier alinéa de l'art. 2279. Cpr. § 183, note 3.

1° La prescription se compte par jours, et non par heures. Art. 2260. Il en résulte que le *dies a quo*, c'est-à-dire le jour où la prescription commence, doit rester en dehors de la supputation du délai [2].

2° La prescription est acquise, lorsque le dernier jour du terme est accompli. Art. 2261.

La combinaison de ces deux règles conduit à reconnaître qu'une prescription de trente ans, qui a commencé à courir le 1er janvier 1830, à dix heures du matin, s'est accomplie au coup du minuit qui a separé le 1er et le 2 janvier 1860.

3° Le calendrier grégorien sert de base au calcul des prescriptions. Les mois se comptent de quantième à quantième, sans égard au nombre de jours dont ils se composent [3]. Ainsi, une prescription de six mois, commencée le 1er janvier, s'accomplira à la fin du 1er juillet suivant.

4° Le jour bissextile se compte comme tout autre dans les prescriptions qui s'accomplissent par un certain nombre de jours; et dans celles qui s'accomplissent par mois ou par année, il fait partie intégrante du délai, qui se trouve ainsi augmenté d'un jour [4].

[2] En effet, la prescription se comptant par jours, et non par heures, on ne peut pas faire entrer dans la supputation du délai un nombre d'heures qui ne formerait pas un jour complet. Ce n'est là d'ailleurs que l'application de la règle générale *Dies a quo non computatur in termino*. Cpr. § 49, texte et note 14. Delvincourt, II, p. 634. Toullier, XIII, 54. Vazeille, I, 317. Troplong, II, 812. Taulier, VII, p. 482. Marcadé, sur l'art. 2261, n° 2. Civ. rej., 3 mai 1854, Sir., 54, 1, 479. Cpr. Civ. cass., 27 juin 1854, Sir., 55, 1, 497. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. II, § 2, n° 5; Hureaux, *Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 278; Bruxelles, 6 juillet 1833, Sir., 34, 2, 401. Cpr. aussi Duranton, XXI, 338. Cet auteur, tout en admettant l'opinion émise au texte, en ce qui concerne la prescription extinctive, la rejette quant à l'usucapion. Mais en faisant cette distinction, contraire à la généralité des termes de l'art. 2260, M. Duranton a oublié que la prescription, acquisitive pour le possesseur, est extinctive de l'action en revendication compétant au véritable propriétaire, et qu'ainsi il ne saurait y avoir deux manières de calculer le temps de la prescription.

[3] Cpr. § 49, texte, notes 11 et 12. Civ. rej., 12 mars 1816, Sir., 16, 1, 331.

[4] Cpr. § 49, texte et note 13. Merlin, *Rép.*, v° Jour bissextile. Delvincourt, *loc. cit.* — Dans la première édition du Code civil, l'art. 2261 formait le second alinéa de l'art. 2260, et l'art. 2261, qui a été complétement supprimé dans l'édition de 1807, était ainsi conçu : « Dans les prescriptions qui s'accomplissent dans « un certain nombre de jours, les jours complémentaires sont comptés. Dans « celles qui s'accomplissent par mois, celui de fructidor comprend les jours com- « plémentaires. » Cpr. § 11.

5° Il n'y a pas lieu de distinguer, sous le rapport de la prescription, entre les jours de fête légale et les jours ouvrables. Toute prescription, quelque courte qu'elle soit, peut arriver à son terme un jour férié [5].

§ 213.

Du moment auquel la prescription devient possible et commence à courir, ou de son point de départ en général [1].

1° Les droits qu'on n'est admis à réclamer qu'en qualité d'héritier ou de donataire de biens à venir, ainsi que ceux dont l'exercice est subordonné à une option qui ne peut avoir lieu qu'après le décès de la personne qui les a conférés, ne deviennent prescriptibles qu'à partir de l'ouverture de la succession sur laquelle ils doivent être exercés. Jusque-là, les actions relatives à de pareils droits ne sont susceptibles de s'éteindre, ni directement par l'effet de la prescription proprement dite, ni indirectement par le résultat de l'usucapion [2].

Cette proposition conduit aux applications suivantes :

a. L'action en revendication compétant à l'héritier réservataire contre les tiers acquéreurs d'immeubles compris dans une donation sujette à réduction pour atteinte portée à la réserve, ne devient prescriptible qu'à partir du décès du donateur [3].

[5] Voy. § 49, texte et note 15. Vazeille, I, 328 et 329. Troplong, II, 816. Caen, 12 janvier 1842, Sir., 42, 2, 530. Cpr. Req. rej., 22 juillet 1828, Dalloz, 1828, 2, 344. La règle posée au texte n'a point été modifiée par le dernier alinéa de l'art. 4 de la loi du 3 mai 1862, dont la disposition contraire ne s'applique qu'aux délais de procédure, ou autres susceptibles d'augmentation pour distance, et non aux prescriptions.

[1] Il est essentiel de distinguer l'imprescriptibilité temporaire des simples causes de suspension. L'imprescriptibilité forme obstacle à la possibilité même de la prescription et à son commencement, tandis que la suspension suppose une prescription possible et commencée en principe. Cette distinction, dont on n'a pas toujours tenu suffisamment compte, est surtout importante pour déterminer le moment où une prescription est censée commencée dans le sens des art. 1561 et 2281. Elle fournit également le moyen de restreindre dans ses véritables limites la controverse qui s'est élevée sur la question de savoir si la disposition de l'art. 2257 s'applique ou non à l'usucapion, et de faciliter ainsi la solution de cette question.

[2] Cpr. Troplong, II, 800 ; Marcadé, sur l'art. 2257, n° 3 ; Civ. rej., 11 janvier 1825, Sir., 25, 1, 351 ; Paris, 17 mars 1831, Sir., 31, 2, 142.

[3] Cpr. § 685 *quater*, texte n° 3, notes 6 à 8. Troplong et Marcadé, *locc. citt.*

b. Les actions en nullité, en rescission, ou en réduction, dirigées contre un partage d'ascendant, même fait par donation entre vifs, ne se prescrivent qu'à partir du décès de l'auteur de ce partage [4].

c. De même encore, les actions en nullité formées contre une institution contractuelle ne se prescrivent qu'à partir du décès de l'instituant [5].

d. L'action en rétractatiou des aliénations à titre gratuit d'immeubles compris dans une institution contractuelle, reste imprescriptible pendant la vie de l'auteur de cette institution [6].

e. Enfin, l'action en délaissement d'immeubles compris dans une donation cumulative de biens présents et à venir, et aliénés par le donateur, n'est sujette à prescription qu'à partir du décès de ce dernier, alors même que le donataire opte pour les biens présents [7].

La personne au profit de laquelle pourraient éventuellement s'ouvrir des droits de la nature de ceux dont il vient d'être parlé, se trouvant non-seulement privée de la faculté d'en poursuivre l'exercice actuel et effectif, mais n'étant pas même admise à prendre pour leur conservation des mesures quelconques, toute possibilité de prescription cesse en ce qui concerne de pareils droits.

2° Pour déterminer le point de départ de la prescription quant aux droits qui ne rentrent pas dans la catégorie des droits successifs dont il a été parlé sous le n° 1, il convient de distinguer entre la prescription des actions personnelles au profit du débiteur, et l'usucapion ou la prescription des actions réelles au profit d'un tiers détenteur.

a. La prescription des actions personnelles commence en général du jour de la formation de l'obligation. Cette règle s'applique même au cas où il s'agit de créances productives d'intérêts ou d'arrérages, en ce sens que la prescription court, non pas seulement à partir de la première échéance des intérêts ou arrérages, mais de la date même du titre [8].

[4] Cpr. §§ 730 et 731, texte n° 1 et note 7 ; § 734, texte n° 1 et note 15, texte n° 2 et note 39.

[5] Cpr. § 739, texte n° 2 et notes 36 à 38.

[6] Cpr. § 739, texte n° 3, notes 63 et 73.

[7] Cpr. § 740, texte et note 23. Civ. cass., 4 mai 1846, Sir., 46, 1, 482.

[8] Cpr. § 772, texte *in fine*, et note 9. En Droit romain, il en était autrement. Voy. L. 8, § 4, C. *de præscript. 30 vel 40 ann.* (7, 39). Et l'on doit reconnaître que la disposition de cette loi est plus conforme à la règle *Actioni non natæ*

Elle s'applique également au cas où le créancier n'est admis à exiger son paiement qu'après l'écoulement d'un certain délai, à partir d'un avertissement préalable donné au débiteur [9].

Mais elle reçoit exception en ce qui concerne les actions en garantie, les créances conditionnelles, et les créances à terme certain ou incertain [10]. La prescription à l'égard de ces actions ou créances ne commence à courir que du jour du trouble, de l'accomplissement de la condition, ou de l'échéance du terme [11]. Art. 2257 [12].

La règle ci-dessus posée reçoit encore exception, quant aux actions en nullité et en rescission, dans les hypothèses prévues par les al. 2 et 3 de l'art. 1304, et par l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838 [13].

b. L'usucapion et la prescription d'actions réelles au profit d'un tiers détenteur commencent, en général, à courir du jour de l'acquisition de la possession ou de la quasi-possession qui leur sert de base.

Il en est ainsi dans le cas même où la personne contre laquelle courrait l'usucapion ou la prescription, se trouverait, à raison d'une condition non encore accomplie, ou d'un terme non encore arrivé, dans l'impossibilité de poursuivre actuellement l'exercice effectif de ses droits, puisque ces circonstances ne l'empêchent pas de les sauvegarder à l'encontre des tiers détenteurs, en en

non præscribitur, que la solution que nous avons cru devoir adopter, comme découlant forcément du rapprochement des art. 2262, 2263 et 2257, al. 4.

[9] *Non obstat* art. 2257, al. 4. Une créance exigible à la volonté du créancier, sous la seule condition d'un avertissement préalable à donner au débiteur, n'est point une créance à terme dans le sens de la disposition précitée. Décider le contraire, ce serait laisser au créancier la faculté de rendre la créance absolument imprescriptible.

[10] Le dernier alinéa de l'art. 2257 ne parle, il est vrai, que des créances à jour fixe. Mais la disposition qu'il renferme doit s'appliquer *a fortiori* aux créances à terme incertain, qui, pour la fixation du point de départ de la prescription, peuvent et doivent être assimilées à des créances conditionnelles. Liége, 6 novembre 1823 et Rennes, 9 juillet 1840, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Prescription civile, n°s 770 et 773.

[11] Cpr. § 772, texte n°s 4 et 5, notes 5 et 6.

[12] Les dispositions de cet article sont des applications de la règle *Actioni non natæ non præscribitur*, et ne doivent pas être considérées comme n'établissant que de simples suspensions de prescription. Cpr. § 772, note 5.

[13] Cpr § 339, texte et notes 24 à 29.

provoquant la reconnaissance par mesure conservatoire [14]. De là résultent les conséquences suivantes :

Le tiers acquéreur d'immeubles aliénés par un usufruitier en prescrit la propriété, même avant l'extinction de l'usufruit [15].

[14] Il résulte du texte même de l'art. 2257, qui s'occupe exclusivement de la prescription des créances conditionnelles ou à terme, et des actions en garantie, que sa disposition est étrangère, tant à l'acquisition des droits réels par usucapion, qu'à l'extinction de pareils droits au profit d'un tiers détenteur. Cette disposition s'explique parfaitement quant à la prescription des actions personnelles, uniquement fondée sur la négligence du créancier à poursuivre ses droits, par la considération que le débiteur ne pouvant ignorer, ni l'existence de l'obligation elle-même, ni celle des modalités qui empêchent le créancier d'en réclamer l'exécution immédiate, il n'y avait aucun motif pour faire courir la prescription contre ce dernier, et pour le soumettre à la nécessité de l'interrompre avant que, par l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition, il se trouvât en position d'exercer l'action même naissant de sa créance. Mais, en matière d'usucapion, ou de prescription de droits réels au profit d'un tiers détenteur, les choses se présentent sous un tout autre aspect. D'une part, en effet, la prescription étant, en pareil cas, principalement fondée sur la possession, elle doit de sa nature pouvoir s'accomplir, malgré les obstacles temporaires qui empêcheraient la personne au préjudice de laquelle elle procède, de poursuivre actuellement l'exercice effectif de ses droits. D'autre part, le tiers possesseur peut ignorer l'existence des droits qu'on aurait à lui opposer ; et cette ignorance est même légalement présumée. Art. 2268. De là, et à un double point de vue, la nécessité d'une demande interruptive, qui, comme mesure conservatoire, peut toujours être formée par ceux-là mêmes dont les droits ne sont que conditionnels ou ajournés. Art. 1180. On doit d'autant moins hésiter à reconnaître cette nécessité, que l'usucapion et la prescription des droits réels au profit d'un tiers détenteur n'atteindraient plus le but en vue duquel elles ont été admises, si le cours devait en être arrêté par l'effet seul d'une condition ou d'un terme, ot indépendamment de toute action interruptive. Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. III, § 2, art. 2, quest. 2, n° 12 ; et *Quest.*, v° Garantie, § 6, n° 3. Delvincourt, II, p. 638. Toullier, VI, 527 et 528. Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 2130 et suiv. Duranton, XX, 312, et XXI, 328. Vazeille, I, 297. Persil, *Régime hypothécaire*, II, sur l'art. 2180, n° 37. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v^is Hypothèque, n° 646, et Prescription, n° 434. Grenier, *Des hypothèques*, IV, 886, et *De la prescription*, II, 791 et suiv. Fœlix et Henrion, *Des rentes foncières*, n° 205. De Fréminville, *Des minorites*, I, 440. Taulier, VII, p. 472. Marcadé, sur l'art. 2257, n° 2. Gabriel Demante, *Revue critique*, 1854, IV, p. 455, n° 3. Cpr. Civ. cass., 4 mai 1846, Sir., 46, 1, 482. Cet arrêt est ordinairement cité comme contraire à l'opinion énoncée au texte, et les motifs qui y sont développés semblent, il est vrai, justifier cette appréciation. Mais au fond cet arrêt ne contredit pas notre théorie, puisqu'il a été rendu dans une espèce où il s'agissait, non de simples droits conditionnels, mais bien de droits successifs de la nature de ceux dont il a été question au n° 1 de ce paragraphe. Cpr. texte et note 7 *supra*.

[15] Proudhon, *De l'usufruit*, II, 756 à 758.

Le tiers détenteur d'immeubles compris, soit dans une substitution, soit dans une donation soumise à un droit de retour conventionnel, soit enfin dans une vente ou dans un legs conditionnels, en prescrit la propriété au préjudice des appelés, du donateur, de l'acquéreur ou du légataire, avant l'ouverture de la substitution [16], le décès du donataire [17], ou l'accomplissement de la condition [18].

Le tiers acquéreur, contre lequel réfléchirait une action résolutoire à laquelle se trouvait soumis son auteur, peut en général [19] usucaper, avant l'ouverture de cette action, l'immeuble par lui acquis [20].

[16] Cpr. § 696, texte nº 3, note 56 ; et texte nº 4, note 83.

[17] Cpr. § 700, texte *in fine*, et note 21.

[18] Pau, 22 novembre 1856, Sir., 57, 2, 286. C'est à tort que plusieurs auteurs modernes enseignent que, sous la législation romaine, les droits réels soumis à une condition ne devenaient prescriptibles, même au profit de tiers détenteurs, qu'après l'accomplissement de la condition. Voy. Troplong, II, 791 ; Marcadé, sur l'art. 2257, nº 2. Cette opinion ne repose que sur une fausse interprétation de la loi 3, § 3, C. *com. de leg.* (6, 43), dans laquelle on a voulu voir une application de la maxime *Agere non valenti non currit prœscriptio.* Il suffit, pour faire ressortir l'erreur dans laquelle on est tombé à cet égard, de remarquer que la disposition finale de cette loi place les legs purs et simples sur la même ligne que les legs faits à terme ou sous condition, en écartant la possibilité de l'usucapion ou de la prescription *longi temporis* pour les uns aussi bien que pour les autres. Cela prouve jusqu'à l'évidence que ce n'est pas dans la maxime précitée qu'il faut chercher l'explication de la loi dont s'agit. Suivant Cujas (*Recitationes in Codicem ad* L. 3, C. *com. de leg.*, 6, 43) et Furgole (*Traité des testaments*, chap. VII, sect. IV, nº 40), l'aliénation, au détriment du légataire, de la chose léguée, soit purement et simplement, soit sous une condition qui est venue à s'accomplir, étant légalement réputée non avenue, ne peut jamais constituer un juste titre, ni par conséquent conduire à l'usucapion ou à la prescription *longi temporis*. Les jurisconsultes allemands expliquent la constitution précitée, en disant que la défense d'aliéner les choses léguées emporte, en ce qui les concerne, une imprescriptibilité de même nature que celle qui protége le fonds dotal. Voy. Unterholzner, *Verjährungslehre*, § 76 ; Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 262 ; Sell, *Römische Lehre der dinglichen Rechte*, § 29. Quoi qu'il en soit, il reste toujours certain que la décision de Justinien avait pour objet spécial de protéger les droits des légataires, et qu'elle n'a jamais été étendue aux droits conditionnels conférés par actes entre vifs. Cette décision, fondée sur la faveur tout exceptionnelle qui s'attachait aux legs en Droit romain, et que Cujas qualifie avec raison de *locus singularis*, n'a plus aujourd'hui aucune raison d'être.

[19] Voy. cep. art. 966 ; § 709, texte *in fine*, et note 38.

[20] Toulouse, 13 février 1858, Sir., 61, 1, 67. Voy. en sens contraire : Civ. cass., 28 janvier 1862, Sir., 62, 1, 236. Nous nous bornerons, pour la réfutation des

Enfin, la prescription de l'hypothèque établie pour sûreté, soit d'une créance conditionnelle ou à terme, soit d'un recours éventuel en garantie, court, au profit du tiers acquéreur des immeubles hypothéqués, avant l'accomplissement de la condition, l'échéance du terme, ou l'ouverture de l'action en garantie [21].

motifs de ce dernier arrêt, à renvoyer aux explications déjà données à la note 14 *supra* et aux observations présentées dans la note suivante.

[21] Il était généralement reconnu dans notre ancienne jurisprudence, que le créancier pourvu d'une hypothèque pour sûreté d'une créance conditionnelle ou à terme, pouvait, avant l'accomplissement de la condition ou l'échéance du terme, agir en reconnaissance de l'hypothèque contre le tiers acquéreur des immeubles hypothéqués. Et c'est précisément parce que nos anciens auteurs ne mettaient pas en doute que la prescription ne courût au profit de ce dernier, même avant l'accomplissement de la condition ou l'échéance du terme, qu'ils avaient inventé, comme moyen de l'interrompre, l'action en déclaration ou reconnaissance de l'hypothèque. *Grand coutumier*, liv. II, chap. 33. Coutume d'Auxerre, art. 95. Dumoulin, *Consilium*, XXVI, nos 34 à 36. Loyseau, *Du déguerpissement*, liv. III, chap. II, nos 10 à 18. Bacquet, *Des droits de justice*, chap. XXI, nos 192 et 193. Chopin, *De privilegiis rusticorum*, liv. II, chap. IV, no 2. Ferrerii *nova additio*, *in quæst.* 416 *Guidonis Papæ*. La Peyrère, *Décisions du parlement de Bordeaux*, vo Prescription, no 32. Renusson, *Traité de la subrogation*, chap. V, no 54. Despeisses, *Des contrats*, partie IV, tit. IV, no 32, 3o. Lebrun, *Des successions*, liv. IV, chap. I, no 83. Lange, *Praticien français*, I, p. 518. Pothier, *De l'hypothèque*, chap. III, § 6. Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. VI, tit. VI, chap. IV, sect. II, nos 7 à 12; tit. VII, part. V, chap. I, no 5, et chap. II, nos 1 à 7. Rousseaud de la Combe, vo Prescription, sect. II, no 6. Denisart, vo Déclaration d'hypothèques. L'action en déclaration d'hypothèque, en tant qu'interruptive de prescription, a été reconnue, d'une manière plus ou moins explicite, comme subsistant encore sous notre législation nouvelle, par la Cour de cassation, dans ses *Observations sur le projet de Code de procédure* (Sir., 9, 1, 4, art. 17) et par de nombreux arrêts. Voy. Civ. rej., 6 mai 1811, Sir., 12, 1, 43; Civ. cass., 27 avril 1812, Sir., 12, 1, 300; Metz, 5 août 1823, Sir., 23, 2, 343; Grenoble, 1er juin 1824, Sir., 26, 2, 58; Civ. rej., 2 mars 1830, Sir., 30, 1, 342; Nîmes, 18 novembre 1830, Sir., 31, 2, 146. Ce point une fois admis, la proposition énoncée au texte ne semblerait devoir soulever aucune difficulté. Aussi les auteurs cités à la note 14 *supra* se sont-ils unanimement prononcés en faveur de cette proposition, qui a été également consacrée par les arrêts ci-après. Grenoble, 10 mars 1827, Sir., 28, 2, 41. Bordeaux, 15 janvier 1835, Sir., 35, 2, 248. Mais la solution contraire a été adoptée dans les arrêts suivants : Besançon, 19 décembre 1855, Sir., 56, 2, 299. Req. rej., 10 novembre 1857, Sir., 58, 1, 397. Ces deux décisions, principalement fondées, sur l'art. 2257, ne reposent en réalité que sur une pétition de principe, en ce qu'elles admettent, contrairement au texte même de cet article et aux précédents historiques, que la disposition qu'il renferme s'applique à la prescription des droits réels au profit d'un tiers détenteur, aussi bien qu'à celle des actions personnelles. D'ailleurs, le système de ces arrêts, poussé dans ses dernières conséquences,

Par exception à la règle ci-dessus posée, la prescription de l'hypothèque par dix à vingt ans, au profit d'un tiers détenteur, ne commence à courir qu'à partir de la transcription de son titre d'acquisition. Art. 2180, n° 4.

§ 214.

De la suspension de la prescription.

La prescription est suspendue, lorsque le cours en est arrêté pendant un temps plus ou moins long.

Les causes de suspension admises par la loi sont fondées : les unes, sur une faveur spéciale que réclame la condition personnelle de ceux qui ont intérêt à repousser la prescription ; les autres, sur une dispense d'agir que motivent les rapports des personnes au détriment desquelles courrait la prescription, soit avec celles au profit desquelles elle s'accomplirait, soit avec celles contre lesquelles réfléchirait l'exercice de l'action interruptive de prescription [1].

1° La prescription ne court point, en général, contre les mineurs, même émancipés [2], ni contre les personnes judiciairement interdites [3]. Art. 2252.

conduirait à dire que l'hypothèque établie pour sûreté d'une rente viagère ou perpétuelle, reste imprescriptible pour le tiers détenteur tant que les arrérages en sont exactement payés, ce qui nous paraît évidemment inacceptable. Voy. le passage ci-dessus cité du *Grand coutumier*.

[1] M. Troplong (II, 700) rattache tous les cas de suspension à la maxime *Agere non valenti non currit præscriptio*. Ce point de vue nous paraît inexact. En dehors de l'hypothèse prévue par le n° 1 de l'art. 2256, qui constitue plutôt un cas d'imprescriptibilité temporaire qu'une cause de suspension proprement dite, les suspensions de prescription énumérées aux art. 2252 à 2256 et 2258 sont en réalité fondées sur l'un des motifs indiqués au texte, et ne sont nullement la conséquence d'une véritable impossibilité d'agir dans le sens de la maxime précitée, à laquelle il faut bien se garder de donner la portée générale que lui assigne M. Troplong. Cpr. texte et notes 19 et 31 *infra*.

[2] *Lex non distinguit*. Troplong, II, 740. Marcadé, art. 2252 à 2256, n° 1.

[3] La faveur toute spéciale accordée aux mineurs, et aux interdits pour cause de démence qui leur sont assimilés, ne saurait être étendue aux individus frappés d'interdiction légale, qui ne peuvent, à aucun titre, revendiquer les priviléges de la minorité. Voy. cep. en sens contraire : Duranton, XXI, 296. Cet auteur part de l'idée que la suspension de prescription attachée à la minorité est le résultat de l'impossibilité où se trouve le mineur d'exercer par lui-même ses actions.

Cette règle, étrangère aux simples déchéances encourues par suite de l'expiration de délais préfixes [4], est d'ailleurs, en ce qui concerne les prescriptions proprement dites, sujette à d'assez nombreuses exceptions, dont les unes sont expressément établies par la loi, et dont les autres résultent virtuellement du but et des motifs en vue desquels certaines prescriptions ont été admises [5]. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 2278, les prescriptions indiquées aux art. 2271 à 2277 courent contre les mineurs et les interdits. C'est ainsi encore qu'on admet généralement, d'après l'esprit de la loi, que les prescriptions de courte durée, mentionnées aux art. 64, 106 et 189 du Code de commerce, ne sont pas suspendues au profit de ces personnes [6]. Il en est de même de la prescription de cinq ans, relative aux créances contre l'État, et des prescriptions établies par des lois fiscales [7].

La suspension au profit des mineurs et des interdits a lieu, non-seulement au cas où la prescription a commencé à courir contre eux, mais encore lorsqu'elle a pris naissance dans la personne d'un majeur auquel ils ont succédé. Il en est ainsi, même dans les hypothèses prévues par les art. 475 et 1304 [8].

Mais c'est là une erreur que démontrent les nombreuses exceptions apportées à la règle de la suspension.

[4] Cpr. § 771, texte et notes 7 à 15.

[5] La proposition, telle que nous l'avons formulée au texte, ne constitue pas une extension arbitraire de la disposition finale de l'art. 2252. En effet, cet article ne dit pas « à l'exception des autres cas *expressément* déterminés par la loi » ; et il ne faut pas oublier que des exceptions à une règle générale peuvent tout aussi bien résulter d'une disposition virtuelle de la loi que d'un texte formel.

[6] Pardessus, *Droit commercial*, II, 240, et IV, 1090. Vazeille, I, 269. Troplong, II, 1038. De Fréminville, *De la minorité*, I, 352. Delangle, *Des sociétés commerciales*, II, 727. Bédarride, *Des sociétés*, II, 699. Bravard-Veyrières, *Traité de Droit commercial*, I, p. 460 et 461. Paris, 23 avril 1836, Sir., 36, 2, 258.

[7] Favard, *Rép.*, v° Prescription, sect. II, § IV, art. 1er, n° 2. De Fréminville, *op. et loc. citt.* Vazeille, I, 271.

[8] Cpr. sur l'hypothèse de l'art. 1304 : § 339, texte et note 31. Aux autorités qui s'y trouvent citées en faveur de notre opiuion, il faut ajouter : Marcadé, sur les art. 2252 à 2256, n° 1 ; Agen, 10 janvier 1851, Sir., 51, 2, 780. Quant à la question analogue, soulevée à l'occasion de l'art. 475, elle doit se résoudre dans le même sens. En vain dit-on que cet article ayant abrégé le temps ordinaire de la prescription, à raison des difficultés que présenterait après un trop long espace de temps la reddition du compte tutélaire, ce serait aller contre l'esprit de la loi que d'admettre la suspension de prescription en faveur de l'héritier mineur du ci-devant pupille. Cette objection est, à notre avis, sans portée. Si la

2° La prescription qui, en principe, court contre les femmes mariées, est cependant, sous certains rapports, suspendue en leur faveur [9].

a. Sous le régime dotal, le cours de toute prescription, soit acquisitive, soit extinctive, de nature à porter atteinte aux droits de la femme sur ses immeubles dotaux [10], est en général suspendu pendant le mariage [11]. Art. 2255, cbn. 1560 et 1561.

b. Sous le régime de communauté, la prescription est suspendue, tant que la communauté n'est pas dissoute [12], quant aux actions que la femme ne peut exercer qu'après une option à faire entre son acceptation et sa répudiation. Art. 2256, n° 1. C'est ce qui aurait lieu dans le cas où la femme, en ameublissant un immeuble, se serait réservé la faculté de le reprendre en cas de renonciation à la communauté.

c. Sous quelque régime que les époux se trouvent placés, la prescription ne court pas, tant que dure le mariage [13], à l'égard

considération qu'on invoque a paru suffisante au législateur pour réduire le temps ordinaire de la prescription, il ne l'a cependant pas trouvée assez grave pour écarter en cette matière le bénéfice de la suspension attaché à la minorité. Ce qui le prouve, c'est que, dans le cas où les fonctions du tuteur ont cessé avant la majorité du pupille, la prescription ne commence à courir, d'après l'art. 475 lui-même, qu'à partir de cette majorité. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Prescription civile, n° 692. Voy. en sens contraire : Duranton, XXI, 291; De Fréminville, *De la minorité*, I, 359.

[9] Nous ne mentionnerons point ici le cas prévu par le second alinéa de l'art. 1304, dans lequel il est bien moins question d'une simple suspension de prescription, que de la fixation du moment auquel commence à courir la prescription de l'action en nullité des engagements contractés par une femme mariée sans autorisation. Cpr. § 213, texte et note 13.

[10] La prescription des créances dotales de la femme mariée sous le régime dotal, n'est pas suspendue durant le mariage. Voy. § 537*bis*, texte et notes 14 à 16.

[11] Voy. pour le développement de cette règle et sur les modifications dont elle est susceptible : § 537, texte n° 3, et notes 43 à 48.

[12] L'art. 2256 dit bien que la prescription est suspendue *pendant le mariage;* mais, comme dans l'hypothèse prévue au texte, la suspension de prescription tient uniquement à l'impossibilité pour la femme de faire son option avant la dissolution de la communauté, il est évident que la prescription doit commencer à courir, même durant le mariage, du moment où la communauté se trouve dissoute par suite de séparation de biens, à moins que l'action de la femme étant de nature à réfléchir contre le mari, elle ne se trouve suspendue, tant que le mariage même n'est pas dissous, par application du n° 2 de l'art. 2256. Vazeille, I, p. 334. Troplong, II, 784, *in fine.*

[13] A la différence de la suspension de prescription dont il est question au n° 1 de l'art. 2256, celle que consacre le n° 2 du même article continue malgré la

des actions de nature à réfléchir contre le mari, soit par suite d'un recours en garantie proprement dit, soit par cela seul que l'action de la femme pouvant exposer ce dernier à des poursuites immédiates et plus rigoureuses, il aurait intérêt à en empêcher l'exercice. Art. 2256, n° 2. C'est ainsi que, dans le cas où la femme encore mineure a contracté solidairement avec son mari un engagement excédant les bornes de sa capacité, la prescription de l'action en nullité de son engagement est suspendue pendant le mariage [14].

En dehors des hypothèses précédemment indiquées, la prescription court contre la femme mariée, non-seulement quant aux biens dont elle a conservé l'administration, mais même quant à ceux dont l'administration a passé au mari [15], sauf pour ce qui concerne ces derniers, son recours contre celui-ci, si la prescription, quoique commencée avant le mariage, s'était accomplie par sa faute ou sa négligence [16], et que la perte de l'action eût réellement porté préjudice à la femme [17]. Art. 2254.

séparation de biens. Troplong, II, 778 à 785. Marcadé, sur les art. 2252 à 2256, n° 6. Civ. cass., 24 juin 1817, Sir., 17, 1, 304. Req. rej., 11 juillet 1826, Sir., 27, 1, 287. Grenoble, 28 août 1829, Sir., 30, 2, 99. Civ. cass., 18 mai 1830, Sir., 30, 1, 266. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 292.

[14] Merlin, *Quest.*, v° Prescription, § 6, art. 4. Troplong, II, 873 à 875. Marcadé, sur les art. 2252 à 2256, n° 5. Voy. cep. Vazeille, I, 290 et 291. Suivant cet auteur, la solution donnée au texte ne devrait plus être admise, s'il était établi que la femme ne s'est engagée que dans l'intérêt du mari ou pour les affaires de la communauté. Mais au point de vue du motif qui a dicté la disposition du n° 2 de l'art. 2256, cette distinction ne nous paraît pas admissible.

[15] Tel est le véritable sens de l'art. 2254, dont il ne faut pas conclure, par un argument *a contrario* qui irait directement contre l'esprit de la loi, que la prescription soit suspendue en faveur de la femme, quant aux biens dont elle a conservé l'administration. Vazeille, I, 274. Troplong, II, 746. Marcadé, *loc. cit.*, n° 2.

[16] Art. 1428, al. 4, et 1562, al. 2. Si, lors de la célébration du mariage, la prescription avait été sur le point de s'accomplir, le mari pourrait être dégagé de toute responsabilité, comme ne s'étant pas rendu coupable de négligence. L. 16, D. *de fund. dot.* (23, 5). Toullier, XII, 414. Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, IV, p. 217. Benoit, *Traité de la dot*, I, 181 et suiv. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, II, p. 475. Vazeille, I, 282. Troplong, II, 760 à 762. Marcadé, *art. cit.*, n° 2.

[17] La seule circonstance que le débiteur de la femme se trouvait insolvable à l'époque où le mari aurait pu interrompre la prescription, ne le déchargerait pas d'une manière absolue de la responsabilité qui pèse sur lui. Il y resterait soumis, si, après l'accomplissement de la prescription, le débiteur revenait à meilleure fortune. Troplong, II, 763. Marcadé, *art. cit.*, n° 2. Cpr. Vazeille, I, 282.

3° La prescription est suspendue entre époux, quel que soit le régime sous lequel ils sont mariés. Art. 2253. Cette cause de suspension ne cesse, ni par la séparation de biens, ni même par la séparation de corps [18].

4° La prescription ne court pas contre l'héritier bénéficiaire, à l'égard de ses créances contre la succession. Art. 2258, al. 1.

Cette cause de suspension couvre la créance tout entière de l'héritier sous bénéfice d'inventaire, dans le cas même où il se trouve en concours avec d'autres héritiers, soit bénéficiaires, soit purs et simples, en tant du moins qu'il s'agit simplement pour lui de conserver ses droits sur les biens du défunt, considérés comme restés séparés des patrimoines personnels de ses cohéritiers. Mais il ne pourrait se prévaloir de cette suspension contre les héritiers purs et simples pour les poursuivre sur leurs propres patrimoines, *ultra vires hæreditarias* [19].

La suspension établie par le premier alinéa de l'art. 2258 est étrangère à la prescription des actions en revendication, ou confessoires de servitudes, que l'héritier bénéficiaire aurait à exercer contre la succession [20].

[18] Vazeille, I, 272. Troplong, II, 742. Marcadé, sur l'art. 2253, n° 1. Paris, 26 juillet 1862, Sir., 62, 2, 513.

[19] La disposition du premier alinéa de l'art. 2258, qu'il faut bien se garder de considérer comme une application de la règle *Agere non valenti non currit præscriptio*, puisque l'héritier bénéficiaire n'est pas placé dans l'impuissance d'agir (art. 996 du Code de procédure), est uniquement fondée sur ce que le législateur a jugé inutile de forcer cet héritier à provoquer des condamnations contre la succession, qu'il est chargé d'administrer tant dans son intérêt que dans celui des créanciers et des légataires. A ce point de vue, et dans la limite indiquée au texte, il n'y a pas de motif suffisant pour restreindre l'effet de la suspension à la part de l'héritier bénéficiaire. Cpr. Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 802, n° 1, et *Des prescriptions*, I, 306 ; Belost-Jolimont, sur Chabot, obs. 1 sur l'art. 802. Voy. cep. Chabot, *Des successions*, sur l'art. n° 4 ; Troplong, *Des priviléges et des hypothèques*, II, p, 381 ; Duranton, XXI, 315. En s'occupant de la question que nous venons d'examiner, ces auteurs l'ont résolue pour ou contre d'une manière absolue, sans distinguer entre les droits de l'héritier bénéficiaire sur les biens héréditaires eux-mêmes, et ceux qu'il pourrait avoir à exercer contre ses cohéritiers personnellement ; et la dissidence qui s'est élevée entre eux, tient probablement à ce qu'ils n'ont pas tenu compte de cette distinction, qui cependant nous paraît clairement indiquée par les termes *à l'égard des créances qu'il a contre la succession*, qui terminent le premier alinéa de l'art. 2258.

[20] Les raisons qui ont fait admettre la suspension de prescription à l'égard des créances de l'héritier bénéficiaire contre la succession qu'il administre, ne se

Les causes de suspension qui viennent d'être énumérées ne sauraient, sous prétexte d'analogie, être étendues, ni d'une personne à une autre, ni d'une situation donnée à une situation différente. Arg. art. 2251.

Ainsi, la prescription n'est pas suspendue au profit des individus atteints d'aliénation mentale, eussent-ils même été placés dans un asile d'aliénés, tant que leur interdiction n'a pas été prononcée [21]. Elle ne l'est pas davantage au profit des personnes pourvues d'un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit ou de prodigalité [22].

Ainsi encore, la prescription n'est pas suspendue, même durant l'indivision de l'hérédité, au profit d'un héritier pur et simple, en ce qui concerne ses droits contre la succession [23].

Enfin, la prescription court contre le créancier d'une succession, alors même qu'il se trouve investi de l'usufruit de tous les biens qui en dépendent. C'est ce qui a lieu notamment dans le cas où la femme survivante, créancière de ses reprises, se trouve en même temps usufruitière de tous les biens de son mari [24].

présentent plus, lorsqu'il s'agit de droits réels dont l'exercice aurait pour résultat de diminuer l'actif héréditaire. Aussi le premier alinéa de l'art. 2258 ne parle-t-il nominativement que des *créances*. Marcadé, sur l'art. 2258, nº 2.

[21] Marcadé, sur les art. 2252 à 2256, nº 1. Douai, 17 janvier 1845, Sir., 45, 2, 277. Angers, 6 février 1847, Sir., 47, 2, 201. Cpr. Civ. cass., 12 mai 1834, Sir., 34, 1, 333.— La disposition de l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838, qui fixe le point de départ de la prescription de l'action en nullité ouverte contre une personne placée dans un établissement d'aliénés, ne forme pas une véritable exception à la règle posée au texte. Cpr. § 213, texte et note 13 ; § 339, texte et notes 26 et 27.

[22] Troplong, II, 741. Marcadé, *loc. cit.*

[23] On ne peut étendre à l'héritier pur et simple la suspension établie au profit de l'héritier bénéficiaire. Quant à l'indivision, elle n'est pas de sa nature suspensive de prescription. Cpr. art. 816 ; § 622, texte et notes 8 à 13. Troplong, II, 721. Limoges, 15 juillet 1840, Sir., 40, 2, 519. Grenoble, 31 décembre 1846, Sir., 47, 2, 479.

[24] Troplong, II, 722, et addit. à la suite du vol. II. Req. rej., 27 août 1819, Sir., 20, 1, 60. Aix, 21 avril 1836, Sir., 36, 2, 463. Req. rej., 18 janvier 1843, Sir., 43, 1, 313. Cpr. aussi : Pau, 31 décembre 1836, Sir., 37, 2, 364. Voy. en sens contraire : Proudhon, *De l'usufruit*, II, 759 à 765 ; Vazeille, I, 377 ; Toulouse, 27 mars 1835, Sir., 35, 2, 471. Les raisons invoquées à l'appui de cette dernière opinion peuvent se résumer dans cette idée, que la veuve, en jouissant de tous les biens délaissés par son mari, s'est successivement payé des intérêts de ses reprises, et qu'ainsi la prescription n'a pas plus pu courir contre elle que contre un créancier sur antichrèse. Mais cette assimilation manque complété-

D'un autre côté, et en vertu de dispositions formelles de la loi, la prescription court au préjudice d'une succession vacante, quoique non pourvue de curateur, quant aux droits qui lui compètent contre des tiers, et réciproquement, au préjudice de ces derniers, quant aux droits qu'ils ont à faire valoir contre une pareille succession [25]. Art. 2258, al. 2.

Elle court encore, pour ou contre l'héritier, pendant les délais pour faire inventaire ou délibérer [26]. Art. 2259.

Enfin, elle court également pour ou contre une faillite [27].

Du reste, on peut et on doit, même en dehors des cas de suspension formellement prévus par la loi, admettre, par application de la maxime *Agere non valenti non currit præscriptio,* que la prescription d'une action déjà ouverte reste malgré cela suspendue, toutes les fois qu'un obstacle légal s'oppose à son exercice, et ne permet même pas de recourir à des actes interruptifs [28]. Il en est ainsi, par exemple, lorsque les qualités de créancier et de débiteur, de propriétaire et de possesseur, s'étant temporairement réunies sur la même tête par suite de confusion, cette dernière vient à cesser [29]. Par un motif semblable, la jurisprudence a admis une suspension de prescription en faveur des créanciers d'émigrés, porteurs de titres qui, faute d'avoir acquis date certaine ment d'exactitude, puisque celui qui détient un immeuble à titre d'antichrèse, n'en perçoit les fruits qu'en qualité de créancier, et à charge de les imputer sur les intérêts de sa créance, tandis que la veuve usufruitière possède les biens et en perçoit les fruits en cette qualité, et non comme créancière.

[25] Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. I, § 7, art. 2, quest. 17; et *Quest.*, v° Succession vacante, § 2. Troplong, II, 807. Duranton, XXI, 323. Marcadé, sur l'art. 2258, n° 4.

[26] Cpr. Code Nap., art. 779; Code de procéd., art. 174; § 611, texte n° 2, lett. *b*; § 614, texte et note 6. Troplong, II, 808. Marcadé, *loc. cit.*

[27] Troplong, II, 719 et 720. Bruxelles, 10 novembre 1824, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Prescription civile, n° 743. Req. rej., 23 février 1832, Sir., 32, 1, 537.

[28] La proposition énoncée au texte n'est pas contraire à l'art. 2251, dont la véritable signification est, que la condition personnelle d'un individu et les circonstances particulières de fait dans lesquelles il se trouve placé, ne peuvent jamais autoriser à admettre une suspension de prescription qui ne serait pas établie par la loi. On forcerait le sens de cet article, si l'on voulait en conclure que la prescription court, en l'absence de disposition spéciale qui la suspende, malgré l'existence d'un obstacle légal qui s'opposerait à l'exercice de toute action, même simplement interruptive.

[29] Vazeille, I, 314. Troplong, II, 726. Civ. cass., 21 juillet 1829, Sir., 29, 1, 371. Civ. rej., 18 février 1835, Sir., 35, 1, 721.

avant la promulgation du décret du 9 février 1792, n'avaient pu être opposés à l'État [30].

Mais on ne devrait pas, sur le fondement de la maxime *Agere non valenti non currit præscriptio*, admettre une véritable suspension de prescription, à raison des difficultés ou impossibilités de fait qui auraient apporté temporairement obstacle à l'exercice d'une action. Seulement le juge serait-il, en pareil cas, autorisé à relever le créancier ou le propriétaire des suites de la prescription accomplie pendant la durée de cet obstacle, si, après sa cessation, il s'était immédiatement mis en mesure de faire valoir ses droits. C'est ce qui a lieu, par exemple, dans le cas où, par suite d'inondation, d'invasion, ou de siége, les communications ont été momentanément interrompues entre le domicile du créancier ou propriétaire et celui du débiteur ou possesseur [31].

[30] Loi du 28 mars 1793, art. 43. Vazeille, I, 313. Troplong, II, 717. Paris, 28 janvier 1828, Dalloz, 1828, 2, 139. Cpr. encore sur un autre cas de suspension, à raison d'un obstacle légal qui s'opposait à l'exercice de l'action : Req. rej., 10 décembre 1838, Sir., 39, 1, 311.

[31] La maxime *Agere non valenti non currit præscriptio* étant extraite de la glose sur la loi première, § 2, C. *de ann. excep.* (7, 40), il importe, pour en apprécier la portée, de ne pas perdre de vue l'espèce de cette loi, dans laquelle il est question de l'impossibilité légale et absolue où se trouvait le fils de famille d'exercer, tant qu'il restait dans les liens de la puissance paternelle, les actions relatives à ses biens adventices. On comprend que, dans les hypothèses où l'obstacle à l'exercice d'une action provient de la loi elle-même, la prescription doive demeurer suspendue tant qu'il n'est pas levé, la loi ne pouvant pas ne pas tenir compte d'un obstacle qu'elle a créé elle-même. Mais la même raison ne milite pas en faveur de la suspension de prescription, lorsqu'il ne s'agit que d'un obstacle de fait ; et du silence même que le législateur a gardé en présence de la controverse qui existait autrefois sur ce point, on est amené à conclure qu'il n'a pas voulu attacher à des obstacles de cette nature une véritable suspension de prescription. On doit d'autant moins hésiter à le décider, que, d'après le système contraire, on serait obligé de défalquer, dans la supputation du délai requis pour la prescription, l'espace de temps qui s'est écoulé pendant la durée de l'obstacle, alors même qu'il aurait cessé bien antérieurement à l'accomplissement de la prescription, et qu'ainsi celui contre lequel elle courait eût eu toute facilité pour l'interrompre ; ce qui ne serait, ni conforme à l'esprit de la loi, ni commandé par des considérations péremptoires d'équité. Le seul tempérament qu'on puisse admettre en vertu de pareilles considérations, est celui que nous avons indiqué au texte. C'est dans cet esprit qu'est conçu l'avis du Conseil d'État des 25-27 janvier 1814. Voy. aussi Ordonn. en Conseil d'État du 12 novembre 1840, Sir., 40, 2, 472. Cpr. en sens divers : Dunod, part. I, chap. 10 ; Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. I, § 7, art. 2, quest. 10 ; Vazeille, I, 315 ; Troplong, II, 727 et 728 ; Coin-Delisle, *Revue de Droit français et étranger*, 1847, IV, p. 285 ; Marcadé, sur l'art. 2251, n° 1 ; Zachariæ, § 214.

Pour compléter l'explication des cas de suspension, il convient encore de remarquer que les personnes qui, d'après leur qualité ou la nature de leurs fonctions, seraient personnellement responsables de la non-interruption des prescriptions courant au détriment de ceux dont ils gèrent les biens, ne sont point admises à se prévaloir d'une pareille prescription accomplie à leur profit, bien qu'on ne puisse leur opposer une cause de suspension explicitement établie par la loi.

C'est ainsi que le tuteur et le père administrateur légal ne peuvent invoquer, contre le pupille ou l'enfant dont ils administrent les biens, le bénéfice d'aucune prescription ou déchéance accomplie pendant la durée de leur responsabilité [32].

C'est ainsi encore que l'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent, le curateur d'une succession vacante, et le syndic d'une faillite, ne sont pas admis à se prévaloir d'une prescription qui se serait accomplie, pendant la durée de leur gestion, au détriment de l'absent, de la succession vacante, ou de la faillite.

Enfin, par une raison analogue, l'héritier bénéficiaire ne peut invoquer la prescription qui se serait accomplie au préjudice de la succession qu'il est chargé d'administrer.

Du reste, si un administrateur du patrimoine d'autrui s'était rendu coupable de dol, par exemple, en célant le titre constatant l'existence de sa dette, il ne serait pas admis à invoquer, comme utile à la prescription, le temps pendant lequel il aurait frauduleusement retenu ce titre [33].

La suspension n'a d'autre effet que de rendre inutile pour la prescription le temps pendant lequel elle a duré. C'est ce qu'on exprime en disant que, pendant ce temps, la prescription dort ou sommeille. Il en résulte qu'il est permis de compter comme utile à la prescription, non-seulement le temps postérieur à la cessation de la suspension, mais encore le temps antérieur à l'époque où celle-ci s'est produite. Il y a mieux : l'existence d'une cause de suspension au moment même où la prescription est devenue possible, c'est-à-dire au moment où de Droit commun elle prend son point de départ, n'empêche pas qu'elle ne doive être réputée commencée dans le sens des art. 1561 et 2281 [34].

[32] Cpr. § 116, texte, notes 11 et 12 ; § 120, texte et note 6 ; § 123, texte et note 46.

[33] Cpr. Req. rej., 13 novembre 1843, Sir., 43, 1, 857.

[34] Cpr. § 213, note 1 ; § 215 *bis*, texte et note 7 ; § 537, note 46.

Le bénéfice de la suspension ne peut, en général, être invoqué que par les personnes, ou contre les personnes, au profit desquelles, ou au regard desquelles, elle est établie, et non par leurs cointéressés, ou contre leurs cointéressés [35].

Ainsi lorsque, parmi plusieurs copropriétaires ou plusieurs créanciers, même solidaires, il s'en trouve un au profit duquel la prescription a été suspendue, par exemple, pour cause de minorité, les autres ne sont pas admis à se prévaloir de cette suspension. Réciproquement, le créancier en faveur duquel la prescription a été suspendue au regard d'un seul de ses codébiteurs, même solidaires, ne peut invoquer le bénéfice de la suspension à l'égard des autres. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si le créancier avait épousé une femme solidairement obligée envers lui avec d'autres débiteurs [36].

La règle ci-dessus posée reçoit cependant exception, tant en matière réelle indivisible, que quant aux obligations qualifiées d'indivisibles par les art. 1217 et 1218 [37]. Cette exception ne cesse même pas d'être applicable alors que, par le résultat d'un partage, un droit indivisible est tombé au lot de l'un des cointéressés au profit duquel la prescription n'avait point été suspendue de son propre chef [38].

§ 215.

De l'interruption de la prescription.

A. *Notions générales.*

On dit que la prescription est interrompue, lorsque le cours en est brisé à un moment donné, de telle sorte que le temps antérieur à ce moment ne peut plus être compté comme utile à l'accomplissement de la prescription.

L'interruption de la prescription est naturelle ou civile, suivant

[35] Cpr. § 298, texte nº 1, lett. *d*, et texte nº 2, note 15. Civ. rej., 14 août 1840, Sir., 40, 1, 753.

[36] Req. rej., 23 février 1832, Sir., 32, 1, 537.

[37] Art. 709 et 710, et arg. de cet article. Cpr. § 301, texte et note 20, et texte *in fine*, nº 3.

[38] *Non obstat* art. 883. Cpr. § 625, note 18. Voy. dans le sens de l'opinion développée dans cette note : Duranton, V, 470 ; Demante, *Cours*, II, 568 *bis*, I et II ; Demolombe, XII, 999. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur les art. 2252 à 2256, nº 1.

qu'elle est le résultat d'un simple fait matériel, ou d'un acte juridique. Art. 2242.

L'usucapion ne peut être interrompue directement que par un fait matériel de nature à entraîner, contre la volonté du possesseur[1], la perte de la possession (*usurpatio*)[2]. Mais elle peut l'être aussi indirectement par l'interruption civile de la prescription extinctive des actions réelles compétant à celui contre lequel courait cette prescription.

Les causes qui entraînent la perte de la possession ayant été développées au § 179, nous nous bornerons à rappeler ici que l'appréhension de la possession par un tiers n'en emporte la perte définitive pour le précédent possesseur, et n'opère par suite interruption de l'usucapion qu'autant que cet état des choses a duré plus d'une année. Art. 2243. Il est du reste indifférent, pour l'interruption de l'usucapion, que la perte de la possession provienne du fait de celui-là même contre lequel l'usucapion devait s'accomplir, ou qu'elle procède du fait de toute autre personne. Art. 2243.

La prescription extinctive ne peut, en général, être interrompue que civilement. Toutefois, la prescription qui, en matière de servitudes personnelles ou réelles, résulte du non-usage, est susceptible d'être interrompue par le fait matériel de l'exercice de ces servitudes. Cpr. art. 617 et 706.

B. *Des causes d'interruption civile.*

1° Les actes juridiques d'interpellation auxquels la loi attache l'effet d'interrompre la prescription, sont, d'après les art. 2244 et 2245, les citations en justice ou en conciliation, les commandements et les saisies.

a. Sous les termes *citation en justice*, on doit comprendre, non-seulement les demandes introduites par exploit d'ajournement, mais encore toute demande régulièrement intentée, n'importe par

[1] Cpr. Nîmes, 9 novembre 1830, Sir., 31, 2, 194.

[2] C'est pour cette raison qu'en Droit romain l'action en revendication, même suivie de litiscontestation, n'empêchait pas que l'usucapion ne s'accomplît durant l'instance. Mais le défendeur était tenu, en vertu d'une obligation découlant de la litiscontestation, de restituer au demandeur la chose par lui usucapée, et pouvait même être astreint à fournir pour garantie de cette obligation la caution *de dolo*. L. 18, D. *de rei vind.* (6, 1).

quelle voie [3], par exemple, les demandes incidentes, reconventionnelles, ou en intervention, formées par requête, par acte d'avoué à avoué, ou même, selon les cas, par de simples conclusions [4], celles en collocation produites dans un ordre ou dans une distribution par contribution [5], enfin les requêtes introductives d'instance devant une juridiction administrative [6].

La citation en justice interrompt la prescription, lors même qu'elle est donnée devant un juge incompétent; et sans qu'il y ait à distinguer entre l'incompétence *ratione personæ* et l'incompétence *ratione materiæ* [7]. Art. 2246 [8].

Si, au contraire, l'assignation est nulle pour défaut de forme, l'interruption est regardée comme non avenue. Art. 2247. On doit, sous ce rapport, considérer comme un défaut de forme l'omission du préliminaire de conciliation dans les cas où il est exigé [9]. Mais l'absence de l'autorisation dont le demandeur aurait eu besoin pour introduire sa demande d'une manière régulière, ne constitue pas un vice de forme de nature à entraîner la nullité de l'assigna-

[3] Merlin, *Quest.*, v° Interruption de prescription, § 2. Troplong, II, 562 à 567. Marcadé, sur les art. 2242 à 2248, n° 2.

[4] Req. rej., 3 frimaire an XI, Sir., 3, 2, 435. Req. rej., 12 décembre 1826, Sir., 27, 1, 244. Req. rej., 25 janvier 1837, Sir., 37, 1, 225. Civ. cass., 19 juillet 1841, Sir., 41, 1, 763.

[5] Rouen, 3 mars 1856, Sir., 57, 2, 742.

[6] Orléans, 28 mai 1842, Dalloz, 1844, 2, 12. Mais les réclamations adressées à l'administration par voie gracieuse, ne constituant pas de véritables demandes en justice, n'interrompent pas la prescription. Voy. cep., quant aux réclamations concernant les arrérages de rentes sur l'État : Avis du Conseil d'État des 8-13 avril 1809 (Locré, *Lég.*, XVI, p. 602).

[7] Vazeille, I, 194. Troplong, II, 596. Duranton, XXI, 265. Orléans, 28 mai 1842, Dalloz, 1844, 2, 12. Cpr. Req. rej., 9 mai 1838, Sir., 38, 1, 861.

[8] Suivant Marcadé (*loc. cit.*, n° 3), il serait difficile de concilier la disposition de cet article avec celle de l'art. 2247, qui statue que l'interruption doit être regardée comme non avenae, lorsque l'assignation est nulle par défaut de forme. Mais la difficulté que s'est créée cet auteur, pour avoir à tort considéré comme entachée de nullité une assignation donnée devant un juge incompétent, n'existe pas en réalité. En déclarant son incompétence, le juge ne prononce pas, et ne pourrait pas même prononcer l'annulation de l'assignation par laquelle il a été indûment saisi. Continuant de subsister malgré la déclaration d'incompétence, cette assignation doit, lorsque d'ailleurs elle est régulière en la forme, avoir pour effet d'interrompre la prescription, comme ayant manifesté d'une manière suffisante l'intention du propriétaire ou du créancier d'exercer ses droits.

[9] Arg. art. 65 du Code de procédure. Troplong, II, 600. Civ. rej., 30 mai 1814, Sir., 14, 1, 201. Cpr. Civ. cass., 16 janvier 1843, Sir., 43, 1, 97. Voy. cep. Marcadé, *loc. cit.*, n° 9.

tion, et n'empêche par conséquent pas qu'elle ne produise interruption de prescription [10]. Du reste, comme les nullités n'opèrent pas de plein droit, et qu'elles sont d'ailleurs susceptibles de se couvrir, l'interruption de prescription n'est réellement à considérer comme non avenue qu'autant que l'assignation a été annulée.

L'interruption est également regardée comme non avenue, si le demandeur se désiste de sa demande [11], s'il laisse prononcer la péremption de l'instance [12], ou que celle-ci vienne à s'éteindre par la prescription trentenaire [13], et enfin si la demande est rejetée. Art. 2247.

Il importe peu, sous ce dernier rapport, que la demande ait été rejetée purement et simplement, ou qu'elle ne l'ait été qu'en l'état, et faute de justification suffisante [14]. Mais l'interruption de prescrip-

[10] Voy. § 114, texte, notes 9 et 10 ; § 472, texte nº 11, notes 101 et 102. Vazeille, I, 195 à 198. Troplong, II, 599. Cpr. Req. rej., 24 décembre 1828, Sir., 29, 1, 156.

[11] Cpr. Code de procédure, art. 402 et 403. Toutefois, le désistement motivé sur l'incompétence du juge devant lequel la demande a été portée, n'enlèverait pas plus à cette demande son effet interruptif, que le jugement qui, à défaut de désistement, aurait déclaré l'incompétence. Marcadé, *loc. cit.*, nº 3, Caen, 8 février 1843, Sir., 43, 2, 242.

[12] Cpr. Code de procédure, art. 397 et suiv.

[13] L'instance, ou plutôt l'effet du contrat judiciaire formé entre les parties, se prescrit, indépendamment de toute demande en péremption, par trente ans, à partir du dernier acte de procédure, de telle sorte que l'instance ne peut plus, après ce délai, être utilement reprise. Merlin, *Rép.*, vº Prescription, sect. III, § 8, nº 1. Civ. rej., 23 novembre 1831, Sir., 32, 1, 67. Civ. rej., 16 janvier 1837, Sir., 37, 1, 105. Req. rej., 2 août 1841, Sir., 41, 1, 776. Douai, 24 novembre 1851, Sir., 52, 2, 62. Toulouse, 11 août 1855, Sir., 56, 2, 120. Req. rej., 6 mai 1856, Sir., 56, 1, 887. Voy. en sens contraire : Chauveau, sur Carré, *Lois de la procédure*, nº 1413 ; Bourbeau, *Théorie de la procédure*, V, p. 613 et suiv.

[14] La disposition finale de l'art. 2247 suppose évidemment que la demande n'a été écartée que par une fin de non-recevoir qui ne s'oppose pas à sa reproduction ultérieure ; car, si les prétentions du demandeur avaient été rejetées quant au fond, la question d'interruption de prescription ne présenterait plus aucun intérêt. Cela posé, il est évident qu'il n'y a pas à distinguer entre les deux hypothèses indiquées au texte, et que la seule question est de savoir si l'instance a été définitivement vidée, ou si elle est à considérer comme subsistant encore ; en d'autres termes, si le demandeur se trouve, par l'effet du jugement, dans la nécessité d'introduire une demande nouvelle, ou s'il lui suffit, pour faire valoir ses droits, de reprendre les errements de l'ancienne. Civ. cass., 5 mai 1834, Sir., 34, 1, 403. Civ. cass., 14 juin 1837, Sir., 37, 1, 484. Bordeaux, 6 janvier 1841, Dalloz, 1841, 2, 128. Voy. cep. Troplong, II, 610. La critique dirigée par cet

tion ne serait pas à considérer comme non avenue, si la demande n'avait été écartée que provisoirement, sous forme de sursis ou de fin de non procéder, de telle sorte que l'instance ne se trouvât pas définitivement vidée [15].

b. La citation en conciliation interrompt la prescription du jour de sa date, mais à la condition qu'elle soit suivie, dans le mois à compter de la non-comparution ou de la non-conciliation, d'une assignation en justice. Art. 2245 cbn. Code de procédure, art. 57.

La citation en conciliation est interruptive de prescription, bien que l'affaire soit dispensée du préliminaire de conciliation [16]; et ce, même dans le cas où elle ne serait pas susceptible de se terminer par transaction [17].

La comparution volontaire du défendeur au bureau de paix produit, lorsqu'elle est constatée par un procès-verbal de non-conciliation, le même effet qu'une citation [18].

c. Un commandement n'interrompt la prescription qu'autant qu'il est régulier en la forme, et qu'il a été fait à la requête d'un

auteur contre le premier de ces arrêts, ne nous paraît pas fondée; elle ne repose que sur une confusion entre *la demande* et *l'action*. Une demande, rejetée même en l'état seulement, n'en est pas moins rejetée d'une manière définitive, puisqu'un pareil rejet, quoique laissant subsister le droit d'action, emporte toujours extinction de l'instance.

[15] Req. rej., 28 juin 1837, Sir., 37, 1, 780.

[16] Delvincourt, II, p. 640. Favard, *Rép.*, v° Prescription, sect. II, § 3, art. 2. Vazeille, I, 191. Troplong, II, 592. Duranton, XXI, 265, *in fine*. De Fréminville, *De la minorité*, I, 505. Chauveau, sur Carré, *Lois de la procédure civile*, quest. 248 *bis*. Marcadé, *loc. cit.*, n° 8. Montpellier, 9 mai 1838, Sir., 38, 2, 492.

[17] Si la loi a attribué à la citation en conciliation l'effet d'interrompre la prescription, ce n'est point par le motif qu'elle peut conduire à une transaction, mais bien parce qu'elle fait connaître au défendeur, dans une forme reconnue suffisante, les prétentions du demandeur et son intention de les faire valoir en justice. Favard, Vazeille, Duranton et Marcadé, *locc. citt.* Civ. rej., 9 novembre 1809, Sir., 10, 1, 77. Cpr. § 545 *bis*, texte et note 31. Voy. en sens contraire: Delvincourt, Troplong et Chauveau, *locc. citt.*; Rouen, 15 décembre 1842, Sir., 43, 2, 170.

[18] Arg. art. 48 du Code de procédure. L'objet de la citation, qui est de mettre les parties en présence au bureau de conciliation, se trouvant rempli par leur comparution volontaire, on doit attribuer à cette comparution le même effet interruptif qu'à la citation. Vazeille, I, 186. Troplong, II, 590. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, quest., 249. Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, II, p. 59. Taulier, VII, p, 463. Marcadé, *loc. cit.*, n° 7. Voy. en sens contraire: Duranton, XXI, 266; Colmar, 15 juillet 1809, Sir., 14, 2, 89.

créancier autorisé à procéder par cette voie [19]. Mais il n'est pas nécessaire que, dans un délai quelconque, il soit suivi d'une saisie [20]. D'un autre côté, le commandement conserve son effet interruptif, alors même que la saisie dont il a été suivi aurait été déclarée nulle [21].

On doit, en ce qui concerne la prescription de l'action hypothécaire, assimiler à un commandement la sommation adressée au tiers détenteur de payer ou de délaisser [22], avec cette différence, toutefois, que cette sommation tombe en péremption, et perd ainsi tout effet interruptif par la discontinuation des poursuites pendant trois années [23].

Les actes extrajudiciaires (*significations, sommations, interpellations*) autres que ceux dont il vient d'être parlé, n'interrompent pas la prescription [24]. Il en est ainsi notamment de la signification du transport faite au débiteur de la créance cédée, même avec défense de payer en d'autres mains qu'en celles du cessionnaire [25]; et ce, bien que cette créance ait été antérieurement frappée de saisie [26].

[19] Req. rej., 8 juin 1841, Sir., 41, 1, 478. Req. rej., 4 janvier 1842, Sir., 42, 1, 533.

[20] Il en est ainsi notamment du commandement préalable à la saisie immobilière, qui n'en conserve pas moins son effet interruptif, quoiqu'il n'ait pas été suivi de saisie dans les trois mois de sa date. Delvincourt, II, p. 639 et 640. Troplong, II, 575.

[21] Troplong, II, 690.

[22] Arg. art. 2169, cbn. 2176. Grenier, *Des hypothèques*, II, 517. Troplong, II, 579. Req. rej., 27 décembre 1854, Sir., 54, 1, 113. Cpr. Req. rej., 28 novembre 1831, Sir., 32, 1, 24. — On devrait également considérer, comme interruptive de prescription vis-à-vis de l'acquéreur ou de l'adjudicataire d'un immeuble hypothéqué, la sommation qui lui serait faite par un créancier de se présenter à l'ordre ouvert pour la distribution du prix et d'y faire valoir ses droits. Riom, 2 janvier 1858, Sir., 58, 2, 188. Mais il en serait autrement, à notre avis, de la sommation au tiers détenteur de faire procéder à l'ouverture de l'ordre, une pareille sommation étant sans objet, en ce que chaque créancier peut lui-même provoquer cette ouverture. Voy. cep. Troplong, II, 567; Grenoble, 2 juin 1831, Sir., 32, 2, 622.

[23] Arg. art. 2176. Troplong, II, 580. Toulouse, 22 mars 1821, Sir., 21, 2, 348.

[24] Delvincourt, II, p. 639 et 640. Merlin, *Rép.*, v° Interruption de prescription, n° 5. Troplong, II, 576 à 578. Civ. rej., 10 décembre 1827, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Prescription civile, n° 498.

[25] Merlin, *op. et v° citt.*, n° 11. Troplong, II, 571 et 572. Marcadé, *art. cit.*, n° 5. Paris, 19 avril 1831, Sir., 32, 2, 25. Nîmes, 6 mars 1832, 2, 324. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 205.

[26] Voy. en sens contraire : Troplong et Marcadé, *locc. citt.* A l'appui de leur

Quant à la signification faite à l'héritier, conformément à l'art. 877, d'un titre exécutoire contre le défunt, on doit lui refuser tout effet interruptif dans le système qui permet de joindre un commandement à cette signification [27]. Mais, dans le système contraire, il semble qu'une pareille notification opère interruption de prescription, pourvu qu'elle soit suivie d'un commandement fait à l'expiration de la huitaine [28].

d. Toutes espèces de saisies sont interruptives de prescription. Il en est ainsi notamment de la saisie-arrêt [29], qui, dans l'intérêt du saisissant, a même pour effet d'interrompre la prescription, non-seulement en ce qui concerne sa propre créance, mais encore quant à la créance de son débiteur contre le tiers saisi [30]. Une saisie n'interrompt la prescription qu'autant qu'elle a été régulièrement signifiée ou dénoncée au débiteur dans les délais prescrits par la loi [31]. Mais aussi, dans ce cas, l'interruption de prescription remonte-t-elle au jour de la saisie même [32].

opinion, ces auteurs invoquent le principe que la signification du transport d'une créance déjà frappée de saisie-arrêt vaut opposition. Ce principe est sans doute incontestable, en ce qui concerne les rapports du cessionnaire et des tiers saisissants. Mais il n'en résulte nullement que, vis-à-vis du débiteur lui-même, la signification du transport constitue un acte équivalent à commandement ou à saisie.

[27] Voy. sur la controverse qui s'est élevée à ce sujet : § 617, note 11.

[28] Cpr. Bordeaux, 11 janvier 1856, Sir., 56, 2, 721. Voy. aussi : Toulouse, 27 mars 1835, Sir., 35, 2, 471 ; Riom, 14 janvier 1843, Sir., 43, 2, 93. Ces deux arrêts attachent un effet interruptif à la notification faite en conformité de l'art. 877, sans exiger la condition indiquée au texte.

[29] Vazeille, I, 205. Troplong, II, 570. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 13 mars 1828, Sir., 28, 2, 284.

[30] M. Vazeille (*loc. cit.*) va trop loin en disant que « la saisie signifiée inter- « rompt la prescription, tout à la fois en faveur du saisissant contre le débiteur « direct, et en faveur de celui-ci contre le tiers saisi.» En effet, le créancier qui exerce les droits et actions de son débiteur, ne les sauvegarde que pour les besoins et dans la mesure de ses propres intérêts. M. Troplong (II, 646), se plaçant à un autre point de vue, exprime une opinion qui nous paraît plus inexacte encore que celle de M. Vazeille, lorsqu'il dit que la saisie-arrêt crée pour le débiteur saisi une impossibilité d'agir, et entraîne ainsi en sa faveur une sorte de suspension de la prescription. Si le débiteur saisi ne peut, lorsque les causes de la saisie-arrêt égalent ou dépassent le montant de sa créance, en exiger le paiement effectif, rien cependant ne l'empêche d'agir aux fins du moins d'interrompre la prescription ; et, dans l'hypothèse contraire, il est même autorisé à réclamer l'excédant de sa créance sur les causes de la saisie.

[31] Cpr. Code de procédure, art. 563, 601, 628, 641 et 677.

[32] L'art. 2244 porte, en effet, que la prescription est interrompue par la *saisie signifiée*, et non pas par la *signification de la saisie*.

e. En vertu de lois spéciales, la prescription est encore interrompue par la remise du mémoire préalable aux actions à intenter, soit contre l'État, soit contre des communes, ou des départements [33]. Toutefois, cette interruption est à considérer comme non avenue, si la remise du mémoire n'a pas été suivie d'une demande en justice formée, suivant les cas, dans le délai d'un mois ou de deux mois, à partir de l'époque où cette demande a pu être régulièrement introduite [34].

2° Indépendamment des actes d'interpellation ci-dessus mentionnés, au moyen desquels le créancier ou le propriétaire interrompt par son fait le cours de la prescription, la loi considère encore, comme opérant interruption, la reconnaissance que le débiteur ou le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait [35]. Art. 2248.

[33] Loi des 28 octobre-5 novembre 1790, tit. III, art. 15. Loi du 18 juillet 1837, art. 51, 52 et 54. Loi du 10 mai 1838, art. 37. Les deux premières de ces lois attribuent positivement à la remise du mémoire qu'elles exigent, l'effet d'interrompre la prescription, tandis que la dernière se borne à dire que la prescription *sera suspendue* durant les deux mois qui suivront cette remise. Mais, en se servant de cette locution inexacte, le législateur ne paraît avoir eu d'autre intention que d'exprimer l'idée qui se trouve indiquée dans la suite du texte, à savoir que l'effet interruptif attaché à la remise du mémoire est subordonné à la condition que cette remise sera suivie, dans un certain délai, d'une action en justice. Foucart, *Droit administratif*, III, n° 1569, p. 369, à la note. Dalloz, *Jur. gén.*, *v° cit.*, n° 519.

[34] On ne saurait admettre que la seule remise d'un mémoire, non suivie de l'introduction d'une action en justice, ait pour effet d'interrompre la prescription, de telle sorte qu'au moyen de pareilles remises effectuées tous les vingt-neuf ans, par exemple, celui contre lequel la prescription court, pourrait indéfiniment en empêcher l'accomplissement. Le mémoire exigé par les lois citées à la note précédente constitue un préalable analogue à celui du préliminaire de conciliation, et ne doit dès lors produire interruption de la prescription que sous la condition d'être suivi, dans un certain délai, d'une action en justice. C'est à ce point de vue que s'est placé le législateur de 1838, qui, pour le cas où il s'agit d'une demande contre un département, a fixé à deux mois le délai au bout duquel l'action doit être intentée ; et comme, à la différence de la loi précitée, celles de 1790 et 1837 n'ont pas spécialement déterminé le délai à l'expiration duquel doivent être formées les actions contre l'État ou contre des communes, il paraît rationnel de le fixer par application des règles du Droit commun, c'est-à-dire des dispositions des art. 2245 du Code Napoléon et 57 du Code de procédure, et de le porter à un mois à partir du moment où la demande en justice a pu être régulièrement introduite. Foucart, *op. cit.*, II, 839, et III, 1755. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Communes, n° 1658.

[35] De sa nature, l'interruption civile suppose un acte émané de celui contre

La reconnaissance à l'effet d'interrompre la prescription peut avoir lieu expressément ou tacitement. La reconnaissance expresse n'est soumise à aucune forme spéciale [36]; elle peut se trouver dans une simple lettre missive, ou même être purement verbale [37]. La reconnaissance tacite résulte de tout fait qui implique l'aveu de l'existence du droit du créancier ou du propriétaire, par exemple, du paiement d'une partie de la dette, du service des intérêts ou arrérages, et d'une demande de délai [38].

La reconnaissance n'exige pas l'acceptation de celui au profit duquel elle doit interrompre la prescription. Elle peut résulter de déclarations faites dans un inventaire après décès, ou dans un bilan de faillite, et même d'actes passés avec des tiers, par exemple, d'un acte de vente qui délègue l'acquéreur à payer son prix aux créanciers du vendeur, ou qui le charge de servir une rente affectée sur l'immeuble vendu [39].

En matière de prescription extinctive de droits personnels, la reconnaissance, en tant que simplement interruptive, peut valablement être faite par toute personne jouissant de l'administration de ses biens, ainsi que par les administrateurs du patrimoine d'autrui, par exemple, par une femme séparée de biens, par un mineur émancipé, par un tuteur ou par un mari [40]. Mais, en ce

lequel la prescription court. C'est en partant de cette idée que Zachariæ (§ 213) qualifie d'interruption improprement dite ou fictive, celle que la loi attache à la reconnaissance par le débiteur ou le possesseur du droit du créancier ou du propriétaire.

[36] Il faut bien se garder d'étendre à la reconnaissance envisagée comme moyen d'interrompre la prescription, les dispositions de l'art. 1337, qui ne s'appliquent qu'à la reconnaissance considérée comme moyen de preuve. *Rapport au Tribunat*, par Jaubert (Locré, *Lég.*, XII, p. 521, n° 23).

[37] Vazeille, I, 210 et 212. Troplong, II, 614. Marcadé, *art. cit.*, n° 10. Req. rej., 1er mars 1837, Sir., 37, 1, 999. Req. rej., 20 juin 1842, Sir., 42, 1, 712. Req. rej., 11 mai 1842, Sir., 42, 1, 980.

[38] Toullier, X, 307. Vazeille, I, 212 et 214. Troplong, II, 618. Req. rej., 1er mars 1837, Sir., 37, 1, 999. Cpr. aussi : Req. rej., 4 janvier 1842, Sir., 42, 1, 533; Bourges, 28 juin 1843, Sir., 44, 2, 1; Civ. rej., 29 août 1860, Sir., 61, 1, 145.

[39] Troplong, II, 610 et 615. Bruxelles, 17 juin 1806, Sir., 6, 2, 358. Bordeaux, 7 mars 1831, Sir., 31, 2, 250. Toulouse, 13 août 1833, Sir., 34, 2, 20. Caen, 19 mars 1850, Sir., 52, 2, 282. Paris, 12 février 1853, Sir., 53, 2, 143. Grenoble, 25 janvier 1855, Sir., 55, 2, 300. Cpr. aussi Civ. cass., 23 février 1831, Sir., 31, 1, 184.

[40] En payant une partie du principal devenu exigible, ou les intérêts de la dette, ces personnes interrompent valablement la prescription; et dès lors il n'existe pas

qui concerne l'usucapion ou la prescription extinctive de droits réels, la reconnaissance n'est interruptive qu'autant qu'elle émane d'une personne ayant la capacité de disposer des immeubles corporels ou incorporels dont la prescription aurait pour résultat de consolider l'acquisition [41].

La preuve de la reconnaissance interruptive de prescription ne peut se faire que d'après les règles du Droit commun. Ainsi, le créancier qui prétend que la prescription a été interrompue, soit par une reconnaissance simplement verbale, soit par des paiements d'intérêts ou d'arrérages, n'est admis à faire la preuve de ces faits par témoins qu'autant que le principal de la dette ou le capital de la rente n'excède pas 150 fr. [42], ou qu'il existe un commencement de preuve par écrit [43]. Ainsi, d'un autre côté, le créancier ne peut pas se prévaloir des énonciations portées dans ses registres domestiques, ou livres de comptabilité, pour établir l'existence des paiements par lui allégués [44].

C'est à la reconnaissance envisagée comme moyen d'interrompre la prescription que se rapporte la disposition de l'art. 2263, d'après lequel le créancier d'une rente est, au bout de vingt-huit ans de la date du dernier acte qui constate l'engagement du débi-rentier [45], autorisé à contraindre ce dernier à fournir à ses frais un titre nouvel, afin qu'il ne puisse pas, en niant le service des arrérages, invoquer la prescription de trente ans [46].

---

de raison pour ne pas leur reconnaître la capacité de l'interrompre de toute autre manière. Vazeille, I, 217. Paris, 29 avril 1814, Sir., 14, 2, 241. Req. rej., 26 juin 1821, Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 604.

[41] Ceux qui ne sont pas autorisés à disposer de droits réels immobiliers, ne peuvent pas non plus renoncer aux avantages d'une possession de nature à conduire à la consolidation de pareils droits. C'est pour ce motif que le tuteur, entre autres, ne peut pas, sans autorisation du conseil de famille, acquiescer à une action immobilière. Art. 464.

[42] Cpr. § 762, texte n° 3 et note 25, Civ. cass., 28 juin 1854, Sir., 54, 1, 465. Civ. cass., 17 novembre 1858, Sir., 59, 1, 905. Voy. en sens contraire : Bruxelles, 10 décembre 1812, Sir., 13, 2, 370.

[43] Cpr. § 764, texte n° 2 et note 10 ; texte n° 3 et note 37. Req. rej., 20 novembre 1839, Sir., 40, 1, 716.

[44] Art. 1331. Cpr. § 758, texte et notes 1 à 8. Vazeille, I, 215. Troplong, II, 621. Fœlix et Henrion, *Des rentes foncières*, p. 440. Troplong, II, 621. Req. rej., 11 mai 1842, Sir., 42, 1, 719. Voy. cep. : Grenoble, 20 juillet 1821, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 152 ; Req. rej., 24 mai 1832, Sir., 32, 1, 439.

[45] Cpr. Civ. cass., 23 février 1831, Sir., 31, 1, 184.

[46] Il est bien entendu que, si le créancier est à même de prouver régulière-

C. *De l'étendue de l'interruption et de ses effets.*

1° L'interruption de la prescription ne s'étend pas d'une action à une autre, de sorte que, dans le cas où une personne jouit de deux actions procédant du même titre ou des mêmes rapports, l'exercice de l'une de ces actions n'emporte pas interruption de la prescription de l'autre, quelque affinité d'ailleurs qui existe entre elles[47]. Spécialement, la prescription de l'action en reddition d'un compte de tutelle n'est pas interrompue par la demande en nullité d'un traité intervenu entre le tuteur et le mineur devenu majeur, si d'ailleurs aucunes conclusions n'ont été prises pour demander une reddition de compte[48].

Toutefois, la demande tendant à obtenir une condamnation subordonnée à l'annulation ou à la rescision d'un titre, emporte virtuellement exercice de l'action en nullité ou en rescision de ce titre, et en interrompt la prescription. C'est ainsi que la demande en reddition de compte formée contre le tuteur par le mineur devenu majeur, interrompt la prescription de l'action en nullité fondée sur l'art. 472[49], et qu'une demande en partage interrompt la prescription de l'action en nullité d'un partage antérieur[50].

La règle que l'interruption de prescription ne s'étend pas d'une action à une autre, s'applique à plus forte raison au cas où il s'agit d'actions procédant, entre les mêmes parties, de causes diverses, et à celui où il est question d'actions compétant contre des personnes différentes.

C'est ainsi que, d'une part, la demande en partage de biens héréditaires, fondée sur la dévolution légale de ces biens, n'est pas interrompue par l'exercice de l'action personnelle *ex testamento*[51].

C'est ainsi que, d'autre part, l'interruption de l'action hypothécaire, par la sommation faite au tiers détenteur, n'interrompt

ment le service des arrérages, le débiteur ne pourra lui opposer aucune déchéance tirée de l'absence de titre nouvel. Req. rej., 20 novembre 1839, Sir., 40, 1, 716.

[47] Troplong, II, 658 et suiv. Cpr. Paris, 25 janvier 1831, Sir., 31, 2, 252 ; Nîmes, 6 mars 1832, Sir.. 32, 2, 324.

[48] Req. rej., 1er mai 1850, Sir., 50, 1, 542.

[49] Req. rej., 2 mars 1837, Sir., 37, 1, 985.

[50] Bourges, 23 mars 1830, Dalloz, *op. et vo citt.*, no 484. Voy. aussi : Req. rej., 14 juillet 1829, Sir., 29, 1, 397.

[51] Troplong, II, 664. Nîmes, 6 mars 1832, Sir., 32, 2, 324.

pas, même en ce qui concerne ce dernier, la prescription de l'action personnelle contre le débiteur [52]; et que l'action en nullité, en rescision, ou en résolution d'un acte translatif de propriété, formée contre l'acquéreur, n'interrompt pas la prescription de l'action en délaissement contre le tiers détenteur [53].

2° L'interruption naturelle de l'usucapion de la propriété profite au propriétaire, alors même que ce n'est pas par son fait, mais par celui d'un tiers, que le possesseur a été, pendant plus d'une année, privé de la possession. Art. 2243. Ce principe s'applique également à la prescription acquisitive des servitudes personnelles ou réelles, et même à la prescription extinctive de l'action hypothécaire ouverte contre le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué. Arg. art. 2180, n° 4, cbn. 2229.

Au contraire, l'interruption civile de la prescription, soit acquisitive, soit extinctive, ne profite en général qu'à celui dont elle émane et à ses ayants-droit; et réciproquement, elle ne peut être invoquée que contre celui à l'égard duquel elle a été opérée et contre ses ayants-droit [54].

Il suit de là que, malgré la communauté d'intérêts qui peut exister entre diverses personnes, l'interruption civile émanée de l'un des copropriétaires ou cocréanciers seulement, ne profite point à ses consorts; et que, réciproquement, celle qui a été opérée contre un seul des copossesseurs ou codébiteurs, ne peut être opposée aux autres.

Cette double conséquence doit être admise même à l'égard des cohéritiers qui se trouveraient encore en état d'indivision [55]. Il y a

[52] Le tiers détenteur pourra, malgré la sommation qui lui a été faite, se prévaloir de la prescription accomplie au profit du débiteur. Art. 2180, n° 1. Merlin, *Rép.*, v° Interruption de prescription, n° 12. Persil, *Régime hypothécaire*, II, p. 224. Grenier, *Des hypothèques*, II, 519. Troplong, II, 659 et 660. Riom, 11 messidor an XI, Sir., 7, 2, 1113. Riom, 2 avril 1816, Sir., 17, 2, 373. Civ. rej., 25 avril 1826, Sir., 26, 1, 433. Riom, 6 juillet 1830, Sir., 33, 2, 647. Req. rej., 8 novembre 1838, Sir., 39, 1, 428. Voy. en sens contraire : Grenoble, 2 juin 1831, Sir., 32, 2, 622.

[53] Troplong, II, 648 et 662. Bordeaux, 13 août 1829, Sir., 30, 2, 98.

[54] *A persona ad personam non fit interruptio, nec active, nec passive.* Cpr. art. 709, 1199, 1206, 2249 et 2250. Les dispositions de ces articles sont évidemment exceptionnelles, et présupposent le principe énoncé au texte. Vazeille, I, 232. Troplong, II, 627. Civ. rej., 15 avril 1828, Sir., 28, 1, 210. Colmar, 18 janvier 1859, Sir., 59, 2, 382.

[55] C'est bien à tort qu'on a voulu assimiler les cohéritiers qui se trouvent encore en état d'indivision, à des coassociés, créanciers ou débiteurs solidaires.

mieux : l'interpellation faite à l'un des cohéritiers n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres, alors même que, s'agissant d'une dette hypothécaire, cette interpellation aurait été dirigée contre l'héritier détenteur de l'immeuble hypothéqué. Art. 2249, al. 2.

L'application de la règle ci-dessus posée est cependant soumise aux exceptions suivantes :

a. L'interruption de prescription, émanée de l'un des créanciers solidaires, profite à ses consorts; et réciproquement, celle qui a été opérée contre l'un des codébiteurs solidaires, peut être opposée à tous les autres. Art. 1199, 1206 et 2249, al. 1.

Mais, malgré la solidarité active, l'interpellation faite par un des héritiers de l'un des créanciers solidaires, n'interrompt pas la prescription au profit de ses cohéritiers ; et elle ne l'interrompt au profit des autres créanciers que pour la part de cet héritier dans la créance solidaire. De même, malgré la solidarité passive, l'interpellation faite à l'un des héritiers d'un codébiteur solidaire n'interrompt pas la prescription à l'égard de ses héritiers; et elle ne l'interrompt vis-à-vis des autres codébiteurs que pour la part de cet héritier dans la dette solidaire. Art. 2249, al. 2, 3 et 4.

b. En matière indivisible, soit réelle, soit personnelle, l'interruption de prescription, quoique opérée par un seul des intéressés, ou contre l'un d'eux seulement, profite, ou est opposable à tous les autres[56]. Cette exception a même plus d'étendue que celle qui résulte de la solidarité, en ce qu'elle reçoit son entière application, alors même que l'interruption ne procède que de l'un des héritiers de l'un des intéressés, ou qu'elle n'a eu lieu que contre un de ces héritiers. Art. 2249, al. 2.

Les obligations dont s'occupe l'art. 1221 ne rentrent pas dans l'exception dont il vient d'être parlé, et restent soumises à la règle générale ci-dessus établie, à cette modification près, que les poursuites dirigées pour le tout contre le codébiteur ou cohéritier passible de pareilles poursuites, interrompent à son égard

Cette assimilation est formellement repoussée en principe par les art. 873 et 1220, et spécialement, en ce qui concerne l'interruption de prescription, par l'art. 2249. Pothier, *De la prescription*, n° 55. Vazeille, I, 248 et 249. Troplong, II, 649. Paris, 8 juin 1825, Sir., 25, 2, 265. Aix, 3 décembre 1831, Dalloz, 1832, 2, 92. Voy. aussi en ce sens les arrêts cités à la note 2 du § 621. Voy. en sens contraire : Riom, 20 décembre 1808, Sir., 9, 2, 123; Bourges, 28 juin 1825, Sir., 26, 2, 136.

[56] Art. 709, et 2249, al. 2, et arg. de ces articles. Cpr. 301, texte, notes 20 et 21. Proudhon, *De l'usufruit*, VII, 3127. Vazeille, I, 245. Troplong, II, 637.

la prescription, non-seulement pour sa part, mais pour la totalité de la dette [57]. Spécialement, lorsque le cohéritier, détenteur des immeubles hypothéqués, a été en cette qualité poursuivi pour le tout, la prescription est interrompue, en ce qui le concerne, pour la totalité de la dette, sans qu'il puisse se prévaloir de la prescription qui se serait ultérieurement accomplie au profit de ses cohéritiers, à l'effet de soustraire à l'action du créancier une portion quelconque des immeubles hypothéqués [58].

c. L'interpellation faite au débiteur principal interrompt la prescription contre la caution. Art. 2250 [59]. Mais la proposition inverse ne saurait être admise : en d'autres termes, les poursuites diri-

[57] Cpr. § 301, texte, *in fine*, nº 4.

[58] Il résulte du rapprochement du nº 1 de l'art. 1221 et de l'alinéa premier et dernier du même article, que l'héritier possesseur des immeubles hypothéqués peut, sur ces immeubles, être poursuivi pour le tout, non pas seulement comme un tiers détenteur ordinaire, mais en sa qualité de représentant du défunt, et ce, par exception au principe qui consacre la division des dettes entre les héritiers. En présence de ce texte, on ne saurait se refuser à reconnaître que les poursuites dirigées pour le tout, contre l'héritier possesseur des immeubles hypothéqués, à une époque où la créance existe encore intégralement, ont nécessairement pour effet de conserver les droits du créancier, dans toute l'étendue que comportent les poursuites qu'il a régulièrement exercées. On ne pourrait contester cette solution qu'en assimilant l'héritier possesseur des immeubles hypothéqués à un simple tiers détenteur, pour tout ce qui excède sa part dans la dette. Cpr. texte et note 52 *supra*. Mais cette assimilation, contraire à la véritable situation des choses, puisque le défunt est, en ce qui concerne la possession de l'immeuble hypothéqué, complétement représenté par celui de ses héritiers qui possède cet immeuble, doit d'autant moins être admise qu'elle ôterait toute signification aux dispositions précitées de l'art. 1221. Vazeille, I, 244. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 659 ; Marcadé, sur les art. 2249 et 2250, nº 1. Cpr. aussi : Req. rej., 12 février 1829, Sir., 30, 1, 201. Cet arrêt, que M. Troplong invoque en faveur de son opinion, ne nous paraît pas avoir décidé *in terminis* la question dont nous nous occupons. Dans l'espèce sur laquelle il a statué, la cause interruptive de la prescription résultait d'une reconnaissance émanée de l'héritier possesseur des biens hypothéqués, sans qu'il fût établi d'une manière certaine que cette reconnaissance s'appliquât à l'intégralité de la dette ; aussi l'art. 1221 n'est-il pas même visé dans cet arrêt.

[59] Cet article décide, conformément à l'opinion vers laquelle inclinait Pothier (*Des obligations*, nº 699), une question qui était autrefois controversée. Il est douteux que la solution donnée par le Code soit la plus juridique, et qu'elle se trouve en harmonie avec la disposition de l'art. 2034, aux termes duquel l'obligation qui résulte du cautionnement peut s'éteindre pour elle-même, nonobstant la conservation de l'obligation principale, par les mêmes causes que les obligations en général, ce qui comprend virtuellement la prescription, puisque cet article ne l'excepte pas. Art. 1234.

gées contre la caution n'interrompent pas la prescription de l'obligation principale, prescription dont la caution elle-même pourra, le cas échéant, se prévaloir [60].

La règle et les exceptions qui viennent d'être développées s'appliquent également à l'interruption résultant de la reconnaissance, par l'un des débiteurs ou possesseurs, du droit de celui contre lequel courait la prescription, sauf l'appréciation, d'après les circonstances particulières à chaque espèce, de l'objet et de l'étendue de la reconnaissance.

Indépendamment des exceptions formellement admises par la loi, la règle d'après laquelle l'interruption de prescription ne s'étend pas d'une personne à une autre, est encore virtuellement soumise aux modifications suivantes.

a. La demande en garantie formée par le défendeur interrompt, dans l'intérêt du demandeur au principal, l'action que celui-ci aurait pu directement introduire contre le garant [61].

b. La saisie immobilière devenant, à partir de la mention opérée sur les registres de la conservation des hypothèques conformément à l'art. 693 du Code de procédure, commune à tous les créanciers inscrits, elle a virtuellement pour effet d'interrompre, à dater de l'accomplissement de cette formalité, la prescription qui courait contre eux [62].

c. L'interruption opérée par l'usufruitier contre le débiteur ou contre le tiers détenteur d'une créance ou d'un immeuble soumis à l'usufruit, profite non-seulement à l'usufruitier, mais encore au nu-propriétaire, et réciproquement [63].

[60] Delvincourt, III, p. 256. Duranton, XXI, 283. Taulier, VII, p. 467. Ponsot, *Du cautionnement*, nº 526. Marcadé, sur les art. 2249 et 2250, nº 2. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 251; Troplong, II, 635. En fondant son opinion sur ce que le droit du créancier est un et identique, tant contre la caution que contre le débiteur principal, M. Troplong nous paraît méconnaître le caractère purement accessoire du cautionnement, et le transformer en une sorte d'obligation solidaire.

[61] Vazeille, II, 236. Troplong, II, 642. Req. rej., 16 février 1820, Sir., 20, 1, 178. Civ. rej., 27 mars 1832, Sir., 32, 1, 650.

[62] Il est généralement reconnu que la saisie immobilière interrompt la prescription, au profit des créanciers hypothécaires, à partir du moment où elle leur est devenue commune. Mais il y a divergence sur la double question de savoir, à quelle époque se produit cet effet, et si l'interruption profite même aux créanciers hypothécaires dispensés d'inscription et non inscrits. Cpr. Merlin, *Quest.*, vº Interruption de prescription, § 2, nº 1 ; Troplong, II, 638 à 641 ; Grenoble, 2 juin 1831, Sir., 32, 2, 622.

[63] Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 2160 à 2163. Troplong, II, 656.

d. Pareillement l'interruption faite par le créancier gagiste ou sur antichrèse profite au propriétaire de l'objet donné en nantissement.

Du reste, l'interruption opérée par l'héritier apparent, ou contre lui, profite à l'héritier véritable, ou lui est opposable [64].

3° L'interruption de prescription, en rendant inutile le temps antérieur au moment où elle s'est produite, n'empêche pas qu'une nouvelle prescription ne puisse commencer à courir. Le point de départ de cette nouvelle prescription varie d'après les distinctions suivantes.

L'usucapion interrompue naturellement recommence à courir du jour où l'ancien possesseur est rentré en possession. Il en est de même, au cas d'interruption naturelle, de la prescription acquisitive de servitudes personnelles ou réelles, et de la prescription extinctive de l'action hypothécaire, qui courait au profit du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué.

La prescription extinctive de servitudes personnelles ou réelles, interrompue, après un non-usage plus ou moins prolongé, par un acte d'exercice de la servitude, recommence à courir à partir de cet acte même.

Lorsque la prescription extinctive de droits personnels a été interrompue par un commandement ou par une saisie, le cours de la nouvelle prescription commence, dans le premier cas, à dater du commandement même, et dans le second, à partir, suivant les circonstances, soit du dernier acte de poursuite fait en exécution de la saisie, soit de la clôture de l'ordre ou de la distribution par contribution qui en a été la suite [65].

Quand la prescription a été interrompue par une instance judiciaire, l'effet interruptif dure aussi longtemps que l'instance elle-même, de telle sorte que la prescription, quelque courte qu'en soit la durée, ne peut s'accomplir durant l'instance [66]. *Actiones quæ tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent.*

L'interruption proprement dite n'a point pour effet de prolonger le temps de la prescription. La nouvelle prescription s'accomplira donc, à partir de la cessation de l'interruption, par le même délai que se serait accomplie celle qui a été interrompue [67]. Toutefois,

[64] Vazeille, I, 249. Troplong, II, 650.
[65] Cpr. Troplong, II, 687, 689 et suiv.
[66] Troplong, II, 683. Civ. cass., 19 avril 1831, Sir., 31, 1, 162.
[67] Troplong, II, 553, 679, 687, 695 et 698. Nancy, 18 décembre 1837, Sir.,

lorsqu'une demande judiciaire a été suivie d'un jugement qui l'a accueillie, la prescription contre ce jugement ne peut s'accomplir que par trente ans, quoique la condamnation ait été prononcée en vertu d'une créance soumise à une prescription plus courte [68].

D'nn autre côté, l'interruption laisse le possesseur ou le débiteur dans l'état où il se trouvait au moment où la prescription a commencé à courir. Spécialement, le tiers acquéreur dont la bonne foi aurait cessé avant ou depuis l'interruption, n'en pourrait pas moins prescrire par dix à vingt ans, à partir de la cessation de l'interruption [69].

L'interruption qui résulte de la reconnaissance faite par le débiteur du droit du créancier ou du propriétaire, produit à certains égards des effets plus étendus que l'interruption proprement dite.

C'est ainsi que le tiers acquéreur, avec juste titre et bonne foi, ne peut plus, après avoir reconnu les droits du véritable propriétaire, recommencer à prescrire par dix à vingt ans. Il y a mieux: si le possesseur avait reconnu la précarité de sa possession, une pareille reconnaissance formerait, d'une manière absolue, obstacle à la prescription.

C'est ainsi, d'un autre côté, que la reconnaissance d'une dette soumise à une prescription de courte durée, a pour effet d'en proroger le temps à trente années, lorsqu'elle est accompagnée d'un nouvel engagement de la part du débiteur, et constitue ainsi un titre distinct du titre primitif, et efficace par lui-même [70].

38, 2, 222. Riom, 1852, Sir., 52, 2, 528. Voy. en sens contraire : Coulon, *Quest. de droit*, III, p. 105 ; Toulouse, 20 mars 1835, Sir., 35, 2, 417. Cette dernière solution paraît avoir prévalu dans l'ancienne jurisprudence ; mais elle est contraire à la nature de l'interruption, qui, n'affectant pas le titre de la créance, et n'en changeant pas le caractère, ne saurait avoir pour effet de proroger le temps au bout duquel doit s'accomplir la prescription ; et nous sommes d'autant plus portés à la rejeter sous l'empire de notre législation nouvelle, que l'art. 189 du Code de commerce est rédigé dans un esprit diamétralement opposé.

[68] Cpr. § 769, texte nº 4 et note 111. Troplong, II, 683.

[69] Req. rej., 2 avril 1845, Sir., 45, 1, 241. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 553 et 688. En émettant cette opinion, le savant auteur nous paraît avoir oublié que les art. 2265 et 2269 n'exigent la bonne foi qu'au moment de l'acquisition.

[70] Arg. art. 189 du Code de commerce. Troplong, II, 697 et 698. Rouen, 5 mars 1842, Sir., 42, 2, 317. Paris, 10 juillet 1852, Sir., 52, 2, 528. Req. rej., 7 avril 1857, Sir., 57, 2, 527. Cpr. Nancy, 6 mai 1834, Dalloz, *op. et vº citt.*, nº 639 ; Paris, 12 février 1853, Sir., 53, 2, 143 ; Colmar, 29 décembre 1862, Sir., 62, 2, 542. Nous nous associons à la critique que M. Troplong a faite du premier de ces arrêts. La décision des deux derniers nous paraît également fort contestable.

§ 215 *bis*.

Des dispositions transitoires relatives à la prescription.

Comme la prescription ne donne de droit acquis que lorsqu'elle est définitivement accomplie, que jusque-là elle ne confère pas même de droit éventuel et ne constitue qu'une simple expectative légale, les rédacteurs du Code auraient pu, sans s'écarter du précepte de la non-rétroactivité des lois, soumettre à toutes les règles établies par ce Code les prescriptions commencées sous l'empire des lois anciennes, et non encore accomplies aux dates respectives de la promulgation des différents titres dont il se compose. C'est aussi ce qu'ils ont fait, dans l'art. 691 et dans le second alinéa de l'art. 2281, pour les cas spéciaux que ces dispositions concernent [1].

Mais, sauf ces dispositions particulières, ils ont posé en principe, dans le premier alinéa de l'art. 2281, que les prescriptions commencées à l'époque de la publication du titre *de la prescription*, seraient réglées conformément aux lois anciennes; et ils l'ont fait sans établir à cet égard de distinction entre la prescription extinctive et l'usucapion [2].

Ce principe, qui s'applique non-seulement à la durée du temps requis pour l'accomplissement de la prescription, mais encore aux autres conditions qu'elle exige[3], conduit aux conséquences suivantes :

a. Une prescription dont la durée a été abrégée par le Code Napoléon, ne s'est accomplie que par le laps de temps que requérait la loi ancienne sous l'empire de laquelle elle avait commencé; et cela, dans le cas même où le délai plus court fixé par ce Code s'est écoulé depuis sa promulgation[4]. C'est ainsi, par exemple, que la prescription de fermages échus au moment de la publication du titre *de la prescription*, ne s'est accomplie que par le laps de temps requis par l'ancien statut local, bien qu'il se fût écoulé plus

[1] Cpr. § 30, texte et note 39.

[2] Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. I, § 3, n° 9. Civ. cass., 10 mars 1828, Sir., 28, 1, 129. Voy. en sens contraire, Sirey, *loc. cit.*

[3] Troplong, II, 1082 à 1084. Marcadé, sur l'art. 2281, n° 1. Civ. cass., 1er août 1810, Sir., 10, 1, 319. Grenoble, 22 août 1834, Sir., 35, 2, 301.

[4] Merlin, *v° cit.*, sect. I, § 3, n° 10. Civ. cass., 10 mars 1828, Sir., 28, 1, 129.

de cinq ans depuis la mise en vigueur de l'art. 2277, qui a réduit à cinq années le temps de cette prescription[5].

b. En sens inverse, lorsque la durée d'une prescription a été prolongée par le Code, elle ne s'en est pas moins accomplie par l'expiration du délai plus court fixé par la loi ancienne sous laquelle elle avait commencé. C'est ce qui a eu lieu pour les servitudes continues et apparentes qui, dans les pays de Droit écrit, se prescrivaient par dix ans entre présents et vingt ans entre absents, et qui depuis le Code ne s'acquièrent plus que par la possession de trente ans.

c. Les causes de suspension établies par le Code Napoléon ne s'appliquent point aux prescriptions commencées sous une législation qui n'admettait pas les mêmes causes de suspension, et *vice versa*[6]. C'est ce qui a été jugé, notamment quant aux prescriptions commencées sous l'empire de coutumes qui n'attachaient aucun effet suspensif aux minorités survenues durant le cours de la prescription[7].

Pour l'application du principe posé par le premier alinéa de l'art. 2281, on doit considérer comme des prescriptions commencées sous les lois anciennes, non-seulement celles qui ont couru d'une manière effective avant la promulgation du Code, mais même celles qui dès leur point de départ avaient été suspendues par une cause dont l'existence s'est prolongée sous la loi nouvelle, par exemple, par la minorité de ceux auxquels la prescription est opposée[8]. Au contraire, on ne saurait envisager comme commencées sous l'empire des lois anciennes, les prescriptions de droits ou d'actions qui, bien que se rattachant à des faits ou des actes contemporains de ces lois, ne sont cependant nés que depuis la promulgation du Code[9].

[5] Civ. cass., 21 décembre 1812, Sir., 13, 1, 182. Civ. cass., 28 décembre 1813, Sir., 14, 1, 92. Voy. aussi : Civ. cass., 12 février 1816, Sir., 16, 1, 221.

[6] Voy. dans le même sens, quant à l'interruption de la prescription : Troplong, II, 1086; Req. rej., 26 juin 1827, Sir., 28, 1, 61.

[7] Troplong, II, 1085. Marcadé, *loc. cit.* Nancy, 31 juillet 1834, Sir., 35, 2, 468. Caen, 20 février 1838, Sir., 38, 2, 383. Cpr. aussi : Aix, 14 juin 1838, Sir., 38, 2, 495. Voy. en sens contraire : De Fréminville, *De la minorité*, I, 368; Nîmes, 20 février 1838, Sir., 38, 2, 496.

[8] Voy. dans ce sens les arrêts cités à la fin de la note 46 du § 537. Voy. aussi Civ. rej., 20 juin 1848, Sir., 48, 1, 497. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 1087.

[9] Cpr. § 213, texte, et note 1. Paris, 17 mars 1831, Sir., 31, 2, 142.

La disposition du premier alinéa de l'art. 2281 s'applique non-seulement aux prescriptions établies par le titre XX du livre III du Code Napoléon; elle s'applique encore à celles qui se trouvent indiquées dans les autres parties de ce Code[10]. Mais elle ne saurait être étendue aux prescriptions réglées par des lois spéciales, antérieures au Code Napoléon, et notamment aux prescriptions admises en matière d'enregistrement[11].

Quant à la question de savoir si cette disposition est ou non applicable aux prescriptions établies par le Code de commerce, elle a été vivement controversée[12]; mais la jurisprudence s'est définitivement prononcée pour l'affirmative[13].

Le principe posé par le premier alinéa de l'art. 2281 suppose que le droit ou l'action faisant l'objet d'une prescription commencée sous la loi ancienne, est resté susceptible de prescription sous le Code Napoléon. Au cas contraire on devrait, sans avoir aucun égard à la prescription commencée sous l'empire de l'ancienne loi, s'en tenir à l'imprescriptibilité prononcée par le Code[14].

D'un autre côté, ce même principe a été modifié par le second

[10] Merlin, *op. et v° citt.*, sect. I, § 3, n° 13, 1°. Troplong, II, 1076. Marcadé, sur l'art. 2281, n° 1.

[11] *Legi speciali per generalem non derogatur*. Troplong, II, 1079. Req. rej., 30 novembre 1813, Sir., 14, 1, 75.

[12] Voy. pour l'affirmative : Vazeille, II, 800 ; Horson, *Questions sur le Code de commerce*, II, quest. 132, p. 194 ; Persil, *De la lettre de change*, sur l'art. 189, n° 5. Voy. pour la négative : Merlin, *op. et v° citt.*, sect. I, § 3, n° 12, 2°; Troplong, II, 1077. Bien que les raisons données par ces derniers auteurs à l'appui de leur opinion ne manquent pas de gravité, on comprend que la jurisprudence ne s'y soit point arrêtée, et ait considéré la disposition du premier alinéa de l'art. 2281 comme un principe général, applicable d'après l'esprit dans lequel il a été établi, non-seulement aux matières civiles proprement dites, mais encore aux matières commerciales.

[13] Paris, 6 mai 1815, Sir., 16, 2, 67. Riom, 13 juin 1818, Sir., 19, 2, 293. Req. rej., 12 juin 1822, Sir., 22, 1, 319. Civ. cass., 21 juillet 1823, Sir., 24, 1, 354. Civ. cass., 20 avril 1830, Sir., 30, 1, 295. Req. rej., 26 février 1838, Sir., 38, 1, 257. Voy. en sens contraire : Bruxelles, 21 novembre 1806, Sir., 7, 2, 241; Rouen, 31 décembre 1813, Sir., 14, 2, 104 ; Paris, 2 mai 1816, Sir., 17, 2, 63.

[14] Art. 691 et arg. de cet article. Merlin, *op. et v° citt.*, sect. I, § 3 ; et *Quest.*, v° Séparation de patrimoines, § 2. Duranton, V, 579. Pardessus, *Des servitudes*, II, 342. Taulier, II, p. 446. Vazeille, II, 809. Troplong, II, 1088. Demolombe, XII, 799. Civ. cass., 13 août 1810, Sir., 10, 1, 333. Civ. rej., 10 février 1812, Sir., 13, 1, 3. Civ. cass., 31 août 1825, Sir., 26, 1, 27. Civ. cass,, 8 août 1837, Sir., 37, 1, 679. Douai, 18 mars 1842, Sir., 43, 2, 8. Dijon, 20 février 1857, Sir., 57, 2, 614. Req. rej., 25 janvier 1858, Sir., 58, 1, 351.

alinéa de l'art. 2281, en ce que les prescriptions qui, d'après les lois anciennes, avaient encore plus de trente années à courir lors de la promulgation du titre *de la prescription*, se sont définitivement accomplies par l'écoulement du laps de trente ans à partir de cette promulgation[15].

B. *Des règles particulières à l'usucapion de la propriété.*

§ 216.

Généralités.

Les immeubles corporels ne peuvent devenir l'objet de l'usucapion qu'autant qu'ils se trouvent dans le commerce. Art. 2226. Ainsi, par exemple, les immeubles qui dépendent du domaine public ne sont pas, tant qu'ils conservent leur destination, susceptibles d'usucapion[1].

Le Code Napoléon reconnaît deux espèces d'usucapion, dont l'une s'accomplit par dix à vingt ans, et l'autre par trente ans seulement[2]. Toutes deux donnent à la fois une exception à l'effet de repousser la demande en revendication que formerait l'ancien propriétaire, et une action à l'effet de revendiquer l'immeuble usucapé contre tout possesseur, fût-ce même contre l'ancien propriétaire[3].

[15] Et non pas à partir du jour où ces prescriptions ont commencé à courir. Troplong, II, 1089 à 1091. Req. rej., 5 avril 1837, Sir., 37, 1, 702. Cpr. cep. Civ. rej., 12 novembre 1832, Sir., 33, 1, 396.

[1] Nous nous bornerons à renvoyer, pour le développement et les applications de ces propositions, aux §§ 169, 171 et 185.

[2] Quelle que soit la faveur due à la personne, physique ou morale, contre laquelle on invoque l'usucapion, il n'est plus de cas où la loi exige une possession qui ait duré au-delà de trente ans. Cpr. art. 2227. Voy. cependant art. 2281. Quant à la prescription immémoriale que l'ancien Droit admettait dans des cas où il rejetait toute usucapion par un temps déterminé, le Code n'en parle (art. 691) que pour la proscrire. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. II, §§ 20-24.

[3] La rédaction de l'art. 2262, qui définit la prescription de trente ans comme un moyen d'éteindre les actions tant réelles que personnelles, pourrait, au premier abord, faire penser que cette prescription n'est point acquisitive de propriété, et qu'elle ne confère qu'une exception contre l'action en revendication du légitime propriétaire. Il en était ainsi en Droit romain, lorsque la possession avait été appréhendée de mauvaise foi. Mais en Droit français, la possession de trente ans a toujours été considérée comme un moyen d'acquérir, même en faveur du

A la différence de la prescription extinctive, qui s'accomplit en général par la seule inertie ou négligence de celui contre lequel elle court, l'usucapion exige, de la part de celui qui l'invoque, le fait positif d'une possession revêtue des qualités requises par la loi. Art. 2229. *Sine possessione usucapio contingere non potest.*

L'usucapion par trente ans n'exige de celui qui s'en prévaut d'autre condition que la possession. Art. 2262. Quant à l'usucapion par dix à vingt ans, elle requiert, outre la possession, la double condition d'une acquisition fondée sur un juste titre, et de la bonne foi de l'acquéreur. Art. 2265.

Le possesseur actuel peut, pour compléter le temps de l'usucapion, joindre à sa propre possession celle du précédent possesseur, sous les conditions et distinctions indiquées au § 181. Art. 2235.

L'usucapion étant fondée sur la possession, ses effets ne peuvent jamais s'étendre au delà des limites de cette dernière. *Tantum præscriptum, quantum possessum.*

§ 217.

De la possession requise pour l'usucapion.

1° La possession légale, c'est-à-dire celle qui est exempte de précarité, de clandestinité et de violence[1], peut seule, aux termes de l'art. 2229, servir de fondement à l'usucapion; et pour apprécier sous ce rapport l'efficacité de la possession, il faut en général se reporter à son origine[2]. Toutefois, la possession vicieuse à son point de départ devient utile pour l'usucapion du moment où les vices dont elle était entachée ont disparu.

Tout ce qui est relatif à la nature des vices de précarité, de clandestinité et de violence, à la durée de ces vices, à leur trans-

possesseur de mauvaise foi; et les art. 690, 691 et 2180, n° 4, combinés avec les expressions finales de l'art. 2262 *sans qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi*, prouvent clairement que les rédacteurs du Code ont entendu maintenir à cet égard les principes de l'ancien Droit français. Voy. aussi art. 712.

[1] Cpr. § 177, texte et note 6.

[2] *Origo nanciscendæ possessionis exquirenda est.* L. 6, *proe.*, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). Ce principe, toutefois, n'est plus appliqué dans notre Droit d'une manière aussi absolue qu'il l'était en Droit romain. Cpr. § 180, texte nos 2 et 3, notes 19 et 23.

mission aux successeurs du possesseur originaire, et à la manière dont ils peuvent être purgés, ayant déjà été exposé aux §§ 180 et 181, nous nous contenterons de renvoyer aux développements qui y ont été donnés.

C'est au vice de précarité que se rattache la règle qu'on ne peut prescrire contre son titre. Cette règle, dont la véritable signification est, comme l'indique l'art. 2240, qu'on ne peut se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession, n'empêche pas qu'on ne soit admis à prescrire au delà ou en dehors de son titre[3]. Ainsi, l'acquéreur d'un terrain déterminé peut prescrire la propriété d'un terrain plus étendu que celui qui lui est attribué par son titre[4]. D'un autre côté, le preneur peut prescrire contre le bailleur la propriété d'un terrain non compris dans le bail[5]. Enfin, celui qui jouit d'un droit d'usage dans une forêt peut en prescrire la propriété au moyen de faits de possession qui, tels que le défrichement et la mise en culture de la forêt, sont incompatibles avec l'idée d'un simple droit d'usage, et constituent l'exercice complet du droit de propriété[6].

2° La possession, pour conduire à l'usucapion de la propriété, doit être exclusive. Une possession promiscuë, c'est-à-dire des faits de jouissance exercés en concurrence, quoique dans une me-

[3] Cette règle, du reste, est complétement étrangère à la prescription extinctive, qui de sa nature est précisément dirigée contre le titre. Art. 2241.

[4] Troplong, II, 530. Bordeaux, 11 janvier 1828, Sir., 28, 2, 105. Cpr. § 199, texte et note 19 ; Req. rej., 9 novembre 1826, Sir., 27, 1, 29. Voy. cep. Req. rej., 15 décembre 1847. Sir., 48, 1, 419.

[5] Douai, 5 décembre 1854, Dalloz, 1855, 2, 139.

[6] Vazeille, II, 813. Bourges, 6 août 1839, Sir., 40, 2, 52. Cpr. Civ. cass., 16 janvier 1838, Sir., 38, 1, 191 ; Montpellier, 26 avril 1838, Sir., 39, 2, 87. Ces deux derniers arrêts semblent restreindre la proposition émise au texte au cas où, s'agissant de droits d'usage établis au profit des habitants d'une commune *ut universi*, quelques-uns d'entre eux prétendraient avoir acquis *ut singuli*, par des faits de possession personnels, la propriété de tout ou partie de la forêt soumise au droit d'usage. Mais cette restriction ne nous paraît pas devoir être admise. L'usager ne détenant pas à titre précaire la forêt même grevée de son droit, comme l'usufruitier ou le fermier détiennent le fonds soumis à leur droit d'usufruit ou de bail, on ne saurait dire de lui, ainsi qu'on le dit de ces derniers, qu'il possède quoi que ce soit pour le compte du propriétaire. Il ne rentre donc pas dans la classe des détenteurs précaires. Voy. en sens contraire de l'opinion émise au texte : Curasson, sur Proudhon, *Des droits d'usage*, III, 1027 ; Toulouse, 13 avril 1832, Sir., 32, 2, 576 ; Toulouse, 25 mars 1833, Sir., 33, 2, 483.

sure différente par les deux parties contendantes, serait inefficace pour l'une comme pour l'autre[7].

D'un autre côté, la possession doit avoir été manifestée par des actes suffisamment caractérisés pour annoncer, d'une manière non douteuse, la prétention de la part du possesseur de se gérer comme maître. Si cette intention ne ressortait pas d'une manière certaine des faits invoqués par le possesseur, ou si ces faits n'étaient pas de nature à exclure toute idée de précarité, de clandestinité et de violence, la possession serait équivoque, et comme telle insuffisante pour faire admettre l'usucapion[8]. Art. 2229.

C'est ainsi que des faits de jouissance qui ne porteraient pas sur tous les produits ou émoluments d'un fonds, et qui pourraient être le résultat d'un démembrement de propriété, ou d'une simple tolérance, par exemple, des faits de passage, de puisage, de vaine pâture, d'extraction ou de dépôt de matériaux, seraient en général à considérer comme ne constituant qu'une possession équivoque au point de vue de l'acquisition de la propriété[9].

C'est ainsi encore que les faits de possession exercés par un des communistes restent équivoques au regard des autres, tant que, par des actes de contradiction aux droits de ces derniers, sa jouissance n'a pas revêtu le caractère de possession exclusive[10].

Dans un autre ordre d'idées, on devrait considérer comme équivoques, la possession de celui qui, après avoir acquis d'un fermier l'immeuble qu'il tenait à bail, lui en aurait laissé la jouissance à un titre quelconque[11], ainsi que celle qui résulterait d'anticipa-

[7] Troplong, I, 252. Req. rej., 12 décembre 1833, Sir., 39, 1, 484. Douai, 18 mars 1842, Sir., 43, 2, 8. Civ. cass., 9 décembre 1856, Sir., 57, 1, 588.

[8] On ne saurait voir dans la disposition de l'art. 2229, portant que *pour pouvoir prescrire, il faut une possession . . . non équivoque*, l'indication d'un caractère particulier et distinct des diverses qualités requises pour l'efficacité de la possession. Tout ce que la loi a voulu dire, c'est que ces qualités doivent ressortir d'une manière claire et non douteuse des faits invoqués par le possesseur. Troplong, I, 359. Marcadé, sur les art. 2229 à 2234, n° 7.

[8] Bélime, *De la possession*, n° 55. Troplong, I, 161, 273 et 359. Req. rej., 25 janvier 1842, Sir., 42, 1, 972. Besançon, 14 novembre 1844, Sir., 45, 2, 645. Voy. cep. sur les modifications que, suivant les circonstances, cette règle est susceptible de recevoir : § 185, texte n° 3 et notes 33 à 35. Cpr. aussi texte et note 13 *infra*.

[10] Bélime, *op. cit.*, n° 54. Troplong, 1, 360 et 361. Req. rej., 11 août 1859, Sir., 61, 1, 65. Cpr. § 221, texte et note 19 ; § 622, texte et notes 8 à 13.

[11] Voy. les autorités citées à la note 15 du § 181.

tions commises entre voisins, lors du labourage ou de la fauchaison [12].

Du reste, la question de savoir si la possession est suffisamment caractérisée, ou si elle est équivoque, demeure de sa nature, comme pure question de fait, abandonnée à l'appréciation du juge [13].

3° La possession revêtue des caractères exigés par la loi ne conduit à l'usucapion qu'autant qu'elle a duré, d'une manière continue et non interrompue, pendant le temps exigé pour son accomplissement. Art. 2229.

La possession, une fois acquise au moyen d'actes matériels, se conservant en matière immobilière par la seule intention, et la loi ne fixant aucun délai à l'expiration duquel la possession exigerait pour sa conservation le secours de nouveaux actes extérieurs, celui qui a possédé à une époque plus ou moins éloignée, peut être réputé posséder encore actuellement, bien qu'il n'ait pas fait dans un temps récent d'actes matériels de possession [14]. Mais, comme le Code n'a pas érigé en présomption légale la maxime *Olim possessor, hodie possessor præsumitur*, le juge pourrait aussi, en se fondant sur la seule absence d'actes récents de possession, considérer l'ancien possesseur comme ayant renoncé à l'intention de posséder [15]. Si cependant un terrain n'était, d'après la nature de ses produits, susceptible d'exploitation ou de jouissance qu'à des intervalles pério-

[12] Toullier, III, 175. Pardessus, *Des servitudes*, I, 126. Vazeille, I, n° 46; p. 50. Garnier, *Des actions possessoires*, p. 162. Paris, 28 février 1821, Sir., 22, 2, 116. Cpr. sur cet arrêt : Troplong, I, 352; et Bélime, *op. cit.*, n° 41. Quoique bien rendu au fond, parce que la preuve offerte ne portait pas sur une possession déterminée par des limites certaines, cet arrêt nous paraît cependant avoir posé dans ses motifs une doctrine trop absolue. Il est hors de doute, en effet, que celui qui, après avoir successivement étendu sa culture jusqu'à une ligne déterminée par des signes apparents et invariables, aurait continué pendant trente années à posséder dans ces limites, serait à bon droit autorisé à invoquer l'usucapion. Cpr. § 199, texte, notes 18 et 19.

[13] Req. rej., 17 février 1825, Sir., 25, 1, 379. Req. rej., 20 février 1838, Sir., 38, 1, 814. Req. rej., 23 janvier 1842, Sir., 42, 1, 972. Req. rej., 23 mai 1855, Sir., 56, 1, 401.

[14] Cpr. § 179, texte n° 1, notes 15 et 16.

[15] Cpr. Troplong, I, 423; Marcadé, sur les art. 2229 à 2234, n° 3. Ces auteurs enseignent même que la preuve de la possession ancienne, non accompagnée de celle de la possession actuelle, devrait, en sens inverse de la règle *Olim possessor, hodie possessor præsumitur*, faire présumer la perte de la possession. Mais n'est-ce pas là mettre en oubli le principe que la possession en matière immobilière peut se conserver par la seule intention? Req. rej., 4 juillet 1838, Sir., 38, 1, 882. Cpr. § 187, texte n° 2, notes 16 et 17.

diques plus ou moins éloignés, l'absence de faits de possession pendant ces intervalles ne serait d'aucune considération; et la possession devrait être réputée continue, par cela seul qu'elle aurait été exercée aux époques où elle pouvait l'être d'une manière utile[16].

Lorsque celui qui a fait des actes récents de possession prouve avoir possédé anciennement, par lui-même ou par son auteur, il est légalement présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire; et cette présomption ne peut être détruite que par la preuve positive d'une cessation volontaire de l'intention de posséder. *Probatis extremis, præsumitur medium*. Art. 2234.

Enfin, le possesseur actuel qui produit à l'appui de sa possession un titre translatif de propriété, doit être présumé avoir possédé depuis la date de ce titre[17]. Cette présomption, généralement admise comme présomption de fait, cesserait cependant d'être applicable, s'il était allégué que l'auteur du possesseur actuel n'avait pas lui-même la possession à la date du titre par lui concédé, et que ce dernier ne fût pas en état de prouver l'inexactitude de cette allégation.

Lorsque la continuité de la possession se trouve établie, d'après les règles qui viennent d'être indiquées, par celui qui se prévaut de l'usucapion, et que la personne à laquelle elle est opposée prétend que la possession a été interrompue, c'est à cette dernière qu'incombe la charge de prouver le fait de l'interruption[18].

§ 218.

Des conditions spécialement requises pour l'usucapion par dix à vingt ans; et des effets qui sont attachés à son accomplissement.

A. Les conditions spécialement requises pour l'usucapion par dix à vingt ans sont: un juste titre d'acquisition; et la bonne foi de l'acquéreur. Art. 2265.

1° On appelle *juste titre* un titre qui, considéré en soi, et abstraction faite du point de savoir s'il émane du véritable propriétaire et d'une personne capable d'aliéner, est propre à conférer un droit de propriété. En d'autres termes, tout titre qui a pour

[16] Cpr. Civ. rej., 19 mars 1834, Sir., 34, 1, 838; Civ. rej., 5 juin 1839, Sir., 39, 1, 621.

[17] Voy. § 179, texte n° 1 et note 7. Troplong, I, 424. Marcadé, *art. cit.*, n° 3. Cpr. Req. rej., 3 avril 1838, Sir., 38, 1, 340.

[18] Cpr. § 749, texte n° 2, lett. *c*.

objet de transmettre un droit de propriété, forme un juste titre, lorsqu'il est légalement autorisé quant à son genre, et qu'il est revêtu des solennités exigées pour sa validité d'après sa nature même, et sans égard à la condition de la personne dont il émane[1].

Ainsi, la vente, l'échange, la dation en paiement constituent des justes titres. Il en est de même de la donation et du legs, à supposer, bien entendu, que les actes qui les renferment soient revêtus des formes exigées par la loi. Il en est encore ainsi des jugements d'adjudication emportant translation de propriété[2].

De la définition ci-dessus donnée, il résulte, en sens inverse, qu'on ne saurait considérer comme des justes titres :

a. Les conventions qui, tel qu'un bail, n'ont pas pour objet de transférer un droit de propriété.

b. Celles qui ne sont que déclaratives et non translatives de propriété, c'est-à-dire les transactions[3] et les partages[4]; et, par iden-

[1] Le mot *juste* s'entend exclusivement de la réunion de ces conditions légales, et n'a aucun trait à la légitimité de la transmission de propriété au point de vue de la question de savoir si la personne dont émane le titre était ou non propriétaire de l'immeuble par elle aliéné. C'est précisément, en effet, le vice résultant de l'absence de tout droit de propriété dans l'auteur de la transmission, que l'usucapion a pour objet de couvrir. Ainsi, une vente consentie *a non domino* forme un juste titre, pourvu que le vendeur ait disposé de l'immeuble vendu comme d'une chose à lui appartenant. Troplong, II, 873.

[2] Cpr. § 209, texte, lett. A, nº 2, et notes 35 à 38.

[3] Ce serait à tort qu'on invoquerait en sens contraire la loi 29, D. *de usurp. et usuc.* (41, 2) et la loi 8, C. *de usuc. pro empt. vel trans.* (7, 26). En Droit romain, pas plus qu'en Droit français, la transaction ne constituait nécessairement et par elle-même un juste titre. Elle ne prenait ce caractère que lorsqu'elle créait en faveur de l'une des parties une nouvelle cause de possession, et c'est à des cas de ce genre que s'appliquent les dispositions des lois précitées. Voy. Sell, *Römische Lehre der dinglichen Rechte*, § 42. Dans cette supposition, la transaction devrait encore aujourd'hui être considérée comme un juste titre. C'est ce qui aurait lieu si, comme condition d'une transaction, l'une des parties avait cédé à l'autre un immeuble qui ne formait pas l'objet du différend. Cpr. § 209, texte, lett. B, notes 49 à 51; § 420, texte et notes 13 à 16; Troplong, II, 882; Marcadé, sur les art. 2265 à 2269; Civ. cass., 14 mars 1809, Sir., 10, 1, 94.

[4] Voy. pour la justification de cette proposition : § 625, texte et note 24. Cpr. § 209, texte, lett. B, notes 46 à 48; § 625, texte nº 1 et notes 2 à 10. Delvincourt, II, p. 655. Troplong, II, 886. Duranton, XXI, 370. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, XVII, 324. Colmar, 9 février 1848, Sir., 50, 1, 513.—La proposition émise au texte ne s'appliquerait cependant pas au partage d'ascendant fait par donation entre vifs. Un pareil acte, considéré au point de vue, non de la répartition, mais de la transmission des biens qui en forment l'objet, constitue le titre *pro donato*. D'un autre côté, les descendants entre lesquels un ascendant a partagé, par donation

tité de raison, les jugements qui, sur une demande en revendication, ordonnent le délaissement de l'immeuble revendiqué [5], ainsi que les jugements d'adjudication qui ne sont pas translatifs de propriété [6].

c. Les dispositions qui, telles que les donations à cause de mort et les substitutions, sont prohibées à raison de leur nature même, et frappées comme telles d'une nullité absolue [7].

entre vifs, la totalité même de ses biens présents, n'étant cependant que des successeurs à titre particulier, rien ne s'oppose à ce qu'une possession utile pour l'usucapion par dix à vingt ans ne commence dans leur personne. Cpr. § 733, texte nº 1. Bourges, 25 janvier 1856, Sir., 59, 1, 921. Voy. en sens contraire : Orléans, 12 juillet 1860, Sir., 60, 2, 558.

[5] L'argument qu'on a voulu tirer, à l'appui de l'opinion contraire, de la théorie du contrat judiciaire, nous semble dénué de fondement. En formant ce contrat sur une action en revendication, les parties ne reconnaissent au juge que le pouvoir de déclarer les droits du véritable propriétaire, et ne l'autorisent nullement à transférer ces droits à celui auquel ils n'appartiendraient pas. L'engagement que les parties prennent de se soumettre à la décision du juge, emporte, de la part de celui qui doit succomber, non point abandon éventuel d'un droit de propriété existant à son profit, mais simplement renonciation à faire valoir des prétentions qui désormais n'auront plus aucune apparence de réalité, *quia res judicata pro veritate habetur*. Troplong, II, 883. Duranton, XXI, 374. Marcadé, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Rauter, *Cours de procédure civile*, § 59, note *b*. Cpr. aussi Civ. rej., 21 février 1827, Sir., 27, 1, 450; Civ. cass., 14 juillet 1835, Sir., 35, 1, 754. Les motifs de ces deux arrêts semblent condamner l'opinion émise au texte; mais il importe de remarquer qu'ils sont intervenus dans des espèces où il s'agissait de sentences arbitrales rendues avant le Code Napoléon, et où la prescription, commencée sous l'empire des lois anciennes, devait être réglée conformément à ces lois. Art. 2281. Or on admettait assez généralement, dans notre ancienne jurisprudence, que le titre n'était exigé que comme élément de la bonne foi, et que la *justa opinio dominii quæsiti* pouvait suffire, même en l'absence d'un véritable titre d'acquisition, pour fonder l'usucapion par dix à vingt ans. Dans ce système, on comprend qu'un jugement ordonnant le délaissement d'un immeuble ait été considéré comme formant, pour celui qui l'avait obtenu, une juste cause de se croire propriétaire de cet immeuble. A ce point de vue, les deux arrêts ci-dossus cités peuvent donc, jusqu'à certain point, se justifier; mais la doctrine qu'ils ont appliquée n'est pas compatible avec les dispositions de l'art. 2265 du Code Napoléon, et ne saurait plus dès lors être suivie aujourd'hui. Cpr. texte et note 19 *infra*. Nous ajouterons que, même en Droit romain, la question de savoir si un jugement rendu sur une action en revendication constitue un juste titre, pour le demandeur au profit duquel il a été rendu, est fortement controversée, et que la négative, soutenue entre autres par Sell (*op. cit.*, § 53), se fonde sur des raisons dont il est difficile de méconnaître la force.

[6] Cpr. texte et note 2 *supra*; § 209, lett. A, nº 2, notes 39 et 40.

[7] Arg. art. 2267. Si une simple nullité de forme fait obstacle à ce que le titre

d. Enfin les donations et les legs renfermés dans des actes ou testaments non revêtus des formes requises pour leur validité. Art. 2267.

La confirmation ou l'exécution volontaire de pareils legs ou donations par les héritiers du testateur ou donateur ne leur conférerait pas, même pour l'avenir seulement, le caractère de justes titres, et ne priverait pas le véritable propriétaire du droit d'exciper de la nullité dont ils se trouvent toujours viciés à son égard, pour repousser l'usucapion par dix à vingt ans invoquée contre lui [8].

Au contraire, un acte de sa nature translatif de propriété est un juste titre, encore qu'il se trouve entaché d'une cause de rescision ou de nullité relative [9], peu importe que cette nullité soit de fond ou de forme [10]. Le tiers au préjudice duquel s'est accomplie une usucapion fondée sur un titre de cette espèce, ne peut, pour la repousser, contester de son chef l'efficacité de ce titre [11].

qui en est entaché puisse servir de base à l'usucapion par dix à vingt ans, il doit à plus forte raison en être de même des nullités intrinsèques absolues. Troplong, II, 905. Marcadé, *art. cit.*, nº 3.

[8] Les nullités de forme dont se trouve entaché un testament ou une donation, sont des nullités absolues, qui peuvent être invoquées par tous les intéressés. Le véritable propriétaire de l'objet donné ou légué est donc admis à s'en prévaloir, bien que les héritiers du donateur ou du testateur aient renoncé à les proposer, en confirmant expressément ou tacitement la donation ou le testament. C'est évidemment dans ce sens qu'est conçu l'art. 2267, qui suppose que le titre nul a été exécuté, c'est-à-dire tacitement confirmé, et qui malgré cela le rejette, comme impropre à fonder l'usucapion. Delvincourt, II, p. 652. Duranton, XXI, 379 et 380. Voy. en sens contraire : Vazeille, II, 484 ; Troplong, II, 901 ; Zachariæ, § 217, texte et note 13.

[9] Cette opinion est généralement admise ; il n'y a de controverse que sur le point de savoir si la connaissance de pareils vices doit, au point de vue de l'usucapion, faire considérer l'acquéreur comme étant de mauvaise foi. Cpr. texte nº 2 et note 23 *infra*. Delvincourt, II, p. 655. Toullier, VII, 605. Duranton, XXI, 383 et 385. Troplong, II, 902 et suiv. De Fréminville, *De la minorité*, I, 364. Marcadé, *loc. cit.* Voy. cep. Vazeille, II, 480 à 483. Cet auteur, dans les explications qu'il donne, ne sépare pas la question du juste titre et celle de la bonne foi.

[10] Quoique les nullités de forme soient en général des nullités absolues, il en est autrement de celles qui, attachées à l'inobservation de formalités spécialement prescrites dans l'intérêt de certaines personnes, par exemple des mineurs et des interdits, ne peuvent être proposées que par ces personnes. De pareilles nullités, par cela même qu'elles ne sont que relatives, ne tombent pas sous l'application de l'art. 2267, et n'enlèvent pas au titre qui en est entaché le caractère de juste titre. Voy. les autorités citées à la note précédente.

[11] Mais il le pourrait, le cas échéant, du chef de l'auteur de ce titre, pour de-

Le titre subordonné à une condition suspensive ne devient efficace pour l'usucapion qu'à dater de l'événement de la condition [12]. Mais le titre soumis à une condition résolutoire est dès son origine utile pour l'usucapion [13].

Lorsque la convention invoquée comme juste titre n'est pas, pour sa validité, soumise à la nécessité d'une constatation authentique, la preuve de son existence peut résulter d'un acte sous seing privé, aussi bien que d'un acte authentique, pourvu que l'acte produit soit valable en la forme [14]. A cet égard il convient de remarquer que l'acte dépourvu d'authenticité pour l'une des causes indiquées en l'art. 1318, vaut cependant comme acte sous seing privé, lorsqu'il est signé de toutes les parties [15], et que l'acte sous seing privé, qui, pour n'avoir pas été rédigé en double original, ne fait pas par lui-même preuve complète de la convention synallagmatique qu'il renferme, peut cependant acquérir cette force probante par l'exécution que les parties lui ont donnée [16].

L'acte sous seing privé n'est d'ailleurs opposable au véritable propriétaire que du jour où il a acquis date certaine par l'une des

mander, par voie d'action personnelle, la restitution de l'immeuble usucapé. Cpr. texte, lett. B et note 43 *infra*.

[12] L. 2, § 2, D. *pro emt.* (41, 4). Pothier, nº 90. Troplong, II, 910. Marcadé, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Duranton, XXI, 376. Vainement cet auteur invoque-t-il la rétroactivité attachée à l'accomplissement de la condition suspensive, pour soutenir que l'acquéreur mis en possession avant l'événement de la condition, doit être considéré comme ayant eu, dès son entrée en jouissance, l'opinion *quæsiti dominii*, puisqu'il savait que la condition venant à s'accomplir, elle se réaliserait d'une manière rétroactive. Cette argumentation porte à faux : il s'agit en effet bien moins, dans la question qui nous occupe, de déterminer les effets juridiques que produit l'accomplissement de la condition apposée à un contrat portant sur une transmission conditionnelle de propriété, que de rechercher en fait si l'acquéreur, mis en possession avant l'événement de la condition, peut être considéré comme ayant eu dès ce moment, d'une manière certaine et positive, l'*animus domini*, bien qu'il sût qu'il serait obligé de restituer l'immeuble au cas où la condition viendrait à défaillir. Or la négative paraît d'autant plus certaine, que la mise en possession anticipée de l'acquéreur n'a évidemment pas été opérée en exécution du contrat principal, et ne peut s'expliquer que par une convention accessoire, qui, impliquant pour ce dernier une obligation éventuelle de restitution, ne lui crée qu'une situation provisoire et équivoque.

[13] Arg. 1665 et arg. de cet article. Troplong, II, 910. Duranton, XXI, 375. Cpr. Nancy, 14 mars 1842, Sir., 42, 2, 133.

[14] Cpr. Angers, 9 mars 1825, Sir., 26, 2, 181.

[15] L. du 25 ventôse an XI, art. 68. Code Nap., art. 1318. Cpr. § 755, texte nº 3.

[16] Art. 1325, al. 4. Cpr. § 756, texte nº 1, notes 35 à 38.

circonstances indiquées en l'art. 1328, de telle sorte qu'en dehors de ces circonstances, le possessenr ne pourrait pas, même en offrant de prouver que sa possession remonte à la date apparente de l'acte, reporter à cette date le point de départ du temps requis pour l'accomplissement de l'usucapion [17].

Les actes entre vifs renfermant des conventions translatives de propriété peuvent être opposés, comme justes titres, au véritable propriétaire, bien qu'ils n'aient pas été soumis à la formalité de la transcription. Il en est ainsi, non-seulement des actes renfermant des conventions à titre onéreux, mais même des actes de donation [18].

En matière d'usucapion, le juste titre n'est pas seulement exigé comme élément ou moyen de preuve de la bonne foi ; il constitue une condition distincte de cette dernière [19].

Il faut donc qu'il existe en réalité ; et la croyance du possesseur à son existence serait insuffisante, quelque plausible qu'elle fût. C'est ainsi que le legs de la chose d'autrui, quoique constituant de sa nature un juste titre, ne peut être invoqué comme tel,

[17] Vazeille, II, 494. Troplong, II, 903.

[18] Les raisons développées au § 209, note 105, à l'appui de cette proposition, en ce qui concerne les actes renfermant des conventions à titre onéreux, s'appliquent également aux actes de donation, puisqu'il est généralement reconnu que, même en matière de donations immobilières, la transcription ne constitue pas une condition de validité de la disposition. Cpr. § 704, texte, notes 2 et 20. Il est vrai que l'art. 941 du Code Napoléon, rédigé d'une manière plus large que l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855, donne *à toutes personnes qui y ont intérêt* le droit de se prévaloir du défaut de transcription des donations d'immeubles susceptibles d'hypothèques. Mais il est évident que ces expressions, qui doivent être entendues *secundum subjectam materiam*, ne comprennent que les ayants-cause ou créanciers du donateur, et ne sauraient sous aucun prétexte être appliquées au véritable propriétaire de l'immeuble donné. Agen, 24 novembre 1842, Sir., 43, 2, 177. Cpr. Bordeaux, 26 février 1851, Sir., 51, 2, 244. Cet arrêt, qu'on cite ordinairement en sens contraire, n'a pas, ainsi que nous l'avons déjà fait observer à la note 105 du § 209, statué sur cette question.

[19] La différence qui existe sous ce rapport entre les conditions exigées pour l'acquisition des fruits et celles qui sont requises pour l'usucapion par dix à vingt ans, ressort nettement du rapprochement des art. 549 et 550 opposés aux art. 2265 à 2267. Aussi est-il généralement reconnu qu'à la différence du Droit romain, qui, dans certaines hypothèses, admettait le titre putatif comme *titulus pro suo* (LL. 3 et 5, D. *pro suo*, 41, 10), notre Code exige un titre existant en réalité, et non pas seulement dans l'opinion du possesseur. Troplong, II, 890 à 900. Marcadé, *art. cit.*; nº 3.

lorsque le testament qui le contenait a été révoqué, quoiqu'à l'insu du légataire [20].

D'un autre côté, le titre doit s'appliquer en réalité, et non pas seulement d'une manière putative, à l'immeuble possédé. C'est ainsi que l'héritier, qui de bonne foi a pris possession d'un immeuble qu'il croyait dépendre de l'hérédité, ne peut pas l'usucaper par dix à vingt ans [21]; et que l'acquéreur dont le titre ne porte que sur une partie de l'immeuble par lui possédé, ne peut invoquer cette usucapion que pour la partie comprise dans son titre [22].

2° En matière d'usucapion, la bonne foi semble devoir se prendre dans un sens plus restreint qu'en fait de perception de fruits, et s'entendre uniquement de la croyance où se trouve l'acquéreur au moment de l'acquisition, que son auteur est propriétaire de l'immeuble qu'il lui transmet [23]. C'est ainsi que celui qui achète, d'un

[20] Troplong, II, 898. En Droit romain, il en était autrement. Voy. L. 4, D. *pro leg.* (41, 8).

[21] Duranton, XXI, 361. Marcadé, *loc. cit.* Le Droit romain se prononçait également sur ce point en sens contraire. Voy. L. 3, D. *pro her.* (41, 5).

[22] La loi 2, § 6, D. *pro emt.*, renferme encore une décision contraire : « *Sed « si fundus emtus sit, et ampliores fines possessi sint, totum longo tem- « pore capi, quoniam universitas ejus possideatur, non singulæ partes.* » En citant ce texte, pour prouver qu'il est permis de prescrire au delà de son titre, M. Troplong (II, 550) n'a pas fait remarquer qu'en Droit français ce n'est que par l'usucapion de trente ans qu'on peut prescrire au delà de son titre, tandis que, d'après la loi romaine précitée, on le pouvait par l'usucapion ou la prescription *longi temporis*, c'est-à-dire par la prescription de dix à vingt ans.

[23] Nous croyons devoir adopter, sur ce point de doctrine assez délicat, l'opinion émise par Zachariæ (§ 217, texte et note 16). Les raisons qui nous déterminent sont les suivantes. L'usucapion ne devant avoir d'autre résultat que de couvrir, par rapport au véritable propriétaire, le vice résultant de ce que le titre translatif de propriété émane d'un autre que de lui, il semble naturel de n'exiger, pour ce résultat purement relatif, qu'une bonne foi également relative. C'est d'après cette considération qu'on admet généralement, en matière de prescription par dix à vingt ans de l'action hypothécaire, ou de l'action en résolution pour défaut de paiement du prix, que l'ignorance de la part du tiers acquéreur, soit de l'hypothèque, soit de la créance du vendeur originaire, suffit pour fonder la bonne foi. D'un autre côté, nous comprendrions difficilement que la connaissance d'une nullité relative qui vicierait le titre de l'acquéreur, le constituât en mauvaise foi, bien que l'existence d'une pareille nullité n'enlève pas à ce titre le caractère de juste titre. Enfin, comme un titre entaché d'une nullité relative n'en transfère pas moins la propriété, lorsqu'il émane du véritable propriétaire, l'acquéreur, qui ignorait les droits de ce dernier, a pu croire à la translation de la propriété à son profit; et l'éventualité de l'action en nullité à laquelle il se savait exposé, éventualité de nature, d'ailleurs, à être écartée par la confirmation

mineur ou d'une femme mariée sous le régime dotal, un immeuble qu'il croit leur appartenir, peut, malgré la connaissance de la minorité ou de la dotalité dont l'immeuble aurait été frappé s'il avait appartenu à la femme, l'usucaper par dix à vingt ans contre le véritable propriétaire. C'est ainsi encore que l'acquéreur, dont le titre serait susceptible d'être attaqué, par celui dont il émane, pour cause de violence, de dol ou de lésion, n'en est pas moins admis à usucaper par dix à vingt ans contre le véritable propriétaire [24].

La bonne foi exige une croyance pleine et entière : le moindre

de son titre, ou par la prescription de cette action, ne doit pas plus l'empêcher d'usucaper par dix à vingt ans, que ne le ferait la chance de l'événement d'une condition résolutoire à laquelle son titre se trouverait soumis. Cpr. texte et note 13 *supra*. A ces considérations on oppose, il est vrai, plusieurs lois romaines, et notamment les lois 26 et 27, D. *de cont. emt.* (18, 1), la loi 12, D. *de usurp. et usuc.* (41, 3), et la loi 2, § 15, D. *pro emt.* (41, 4), qui décident que celui qui a sciemment acheté d'un pupille, d'un prodigue, ou de tout autre individu frappé de l'interdiction d'aliéner, ne peut pas usucaper. Mais on oublie, d'une part, qu'en Droit romain la vente passée par ces personnes était considérée comme non avenue, et non pas comme simplement annulable ; d'autre part, que la tradition faite par les mêmes personnes ne transférait pas la propriété ; d'où la conséquence que l'acquéreur ne pouvait, à aucun point de vue, avoir l'opinion *quæsiti dominii*, et se trouvait par cela même constitué en mauvaise foi. En Droit français, au contraire, il doit en être autrement, puisqu'il est incontestable que la vente passée par un mineur ou par un prodigue transfère la propriété, qui reste acquise à l'acquéreur tant que la convention n'a pas été annulée. Nous ajouterons qu'en dehors des hypothèses ci-dessus rappelées et autres analogues, les jurisconsultes romains expriment nettement l'idée que la bonne foi consiste dans la croyance que la chose a été transmise par celui qui en était propriétaire. Gaius, *Com.*, II, 4. *Proe. Inst. de usuc.* (2, 6). L. 27, D. *de cont. emt.* (18, 1). L. 119, D. *de V. S.* (50, 16). L. un., C. *de usuc. transf.* (7, 31). Voy. en ce sens : D'Argentré, sur l'art. 266 de la coutume de Bretagne ; Dunod, part. I, chap. VIII, p. 48 ; Duranton, XXI, 384 et 385. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 917 à 922 ; Taulier, VII, p. 486 et 487 ; Marcadé, *art. cit.*, nº 4. Cpr. aussi Vazeille, II, 480 et 483, et note 9 *supra*.

[24] L'argument que M. Troplong (II, 918) et Marcadé (*loc. cit.*) prétendent tirer, en sens contraire, de la Const. 6 au Code *de præscr. long. temp.* (7, 33), ne repose que sur une interprétation erronée de ce texte. Dans l'espèce sur laquelle ont statué les empereurs Dioclétien et Maximien, il s'agissait, non de l'usucapion opposée à un tiers propriétaire, mais uniquement des rapports du vendeur et de l'acheteur ; et leur rescrit se borne à décider que ce dernier n'est pas admis, pour repousser l'action *de dolo* formée par le premier, à se prévaloir de la prescription de dix à vingt ans. C'est donc bien à tort que les deux auteurs précités ont reproché à Pothier de n'avoir pas rappelé ce rescrit comme indiquant une des conditions constitutives de la bonne foi.

doute de la part de l'acquéreur sur les droits de son auteur serait exclusif de la bonne foi[25]. Mais l'erreur de l'acquéreur sur la validité des titres produits par son auteur ne le constituerait pas nécessairement en mauvaise foi, alors même qu'il s'agirait d'une erreur de droit, pourvu d'ailleurs que cette erreur fût plausible[26].

La bonne foi, du reste, est toujours présumée, jusqu'à preuve du contraire. Art. 2268. Mais il est bien entendu que si, pour repousser le reproche de mauvaise foi fondé sur la connaissance qu'il aurait eue de la nullité du titre de son auteur, l'acquéreur invoquait une erreur de droit, ce serait à lui de prouver l'existence de cette erreur[27].

La bonne foi n'est exigée qu'au moment de l'acquisition, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit d'une transmission opérée par acte entre vifs, au moment de la conclusion de la convention translative de propriété[28], et en matière de legs, au moment où le légataire a manifesté l'intention d'accepter le legs[29]. La connaissance que le possesseur obtiendrait ultérieurement des droits du véritable propriétaire, ne forme aucun obstacle à l'usucapion[30]. Art. 2269.

[25] Troplong, II, 927. Duranton, XXI, 386.

[26] On enseigne assez généralement, en se fondant sur la loi 31, *proe.* D. *de usurp. et usuc.* (41, 3), et sur la loi 2, § 15, D. *pro emt.* (41, 4), que l'erreur de droit n'est point, en matière d'usucapion, justificative de la bonne foi. Voy. Delvincourt, II, p. 656; Troplong, II, 926; Duranton, XXI, 388. Mais, pour saisir le véritable sens des lois précitées, il importe de se rappeler qu'en Droit romain le titre putatif était en certains cas admis comme équivalent à un titre réellement existant; et c'est en se plaçant à ce point de vue, que ces lois décident que l'erreur de droit ne suffit jamais pour fonder un titre putatif. Or la question ne peut plus se présenter dans les mêmes termes sous l'empire du Code Napoléon, qui ne reconnaît pas, en matière d'usucapion, le titre putatif; et nous ne voyons pas de motifs pour refuser le bénéfice de l'usucapion à celui qui, ayant en sa faveur un juste titre réellement existant, se serait trompé en droit sur la valeur des titres de son auteur. Cpr. § 28, texte et note 6.

[27] Lorsqu'il est prouvé que l'acquéreur a pris inspection du titre de son auteur, et que ce titre se trouve entaché d'une nullité apparente, l'acquéreur est, en vertu de la maxime *Nemo jus ignorare censetur*, présumé avoir eu connaissance de cette nullité, et se trouve par cela même soumis à la nécessité, pour écarter cette présomption, de justifier de son erreur de droit.

[28] Arg. art. 711, 1138 et 1583. Delvincourt, II, p. 656. Duranton, XXI, 393.

[29] Il est vrai que, dès l'instant du décès du testateur, le légataire a un droit acquis à la chose léguée. Toutefois, l'acquisition ne se consomme d'une manière définitive que par l'acceptation du legs, d'où la conséquence que c'est à ce moment que la bonne foi doit exister.

[30] *Mala fides superveniens* (*id est scientia rei alienæ*) *non impedit usuca-*

La question de savoir quelle est, en matière d'usucapion par dix à vingt ans, l'influence de la bonne foi ou de la mauvaise foi de celui qui succède à une possession déjà commencée, se résout par une distinction entre le successeur à titre universel et le successeur à titre particulier.

Le successeur à titre universel[31] continuant en matière d'usucapion la possession de son auteur, avec ses vices et ses qualités, on n'a point à prendre en considération la condition personnelle d'un pareil successeur qui, quoique de mauvaise foi, peut usucaper par dix à vingt ans, lorsque son auteur était de bonne foi, et qui, réciproquement, n'y est pas admis dans le cas contraire, malgré sa bonne foi personnelle[32].

Le successeur à titre particulier commençant au contraire une possession nouvelle, le caractère de cette possession doit s'apprécier dans sa personne, et ne se détermine plus d'après les vices et les qualités de celle de son auteur. Lorsque le successeur particulier est de bonne foi, il peut, malgré la mauvaise foi de son auteur, usucaper par dix à vingt ans, à dater de son entrée en possession[33]. Quand le successeur particulier est de mauvaise foi, la bonne foi de son auteur ne l'autorise pas à se prévaloir de l'usucapion par dix à vingt ans[34], sauf s'il le juge convenable, à joindre

pionem. Cpr. L. *un.*, § 3, C. *de usuc. transf.* (7, 31). Il en est autrement d'après le droit canonique.

[31] Sous cette expression nous comprenons tous les successeurs à titre universel, qu'ils jouissent ou non de la saisine. C'est à tort que Zachariæ (§ 217, texte et note 18) restreint la proposition énoncée au texte aux successeurs universels qui représentent la personne du défunt. Cpr. § 181, texte et note 12.

[32] § 12, *Inst. de usuc.* (2, 6). Vazeille, II, 497. Troplong, II, 932 et 937. Duranton, XXI, 238. Marcadé, sur l'art. 2235, nos 1 et 2.

[33] Arg. *a fort.*, art. 2239. Duranton, XXI, 240. Marcadé, *loc. cit.*

[34] Duranton, XXI, 241. Marcadé, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Vazeille, II, 497 ; Troplong, I, 432, et II, 938. L'opinion de ces derniers auteurs nous paraît aussi contraire aux règles de la morale qu'aux principes du droit. Les considérations d'équité et d'utilité générale qui ont fait admettre la maxime *Mala fides superveniens non nocet* en faveur de celui qui, étant de bonne foi au moment de son acquisition, a cessé de l'être avant l'accomplissement de l'usucapion, ne militent pas pour le successeur particulier qui s'est rendu acquéreur de la chose d'autrui, malgré la connaissance qu'il avait des droits du véritable propriétaire : il ne saurait trouver dans la bonne foi de son auteur une excuse à sa mauvaise foi. L'art. 2269 se contente, il est vrai, de l'existence de la bonne foi au moment de l'acquisition. Mais ce texte n'est nullement contraire à notre manière de voir ; il ne prévoit pas le cas de plusieurs transmissions successives de la chose d'autrui, et ne dit nullement qu'il suffit, dans ce cas, que la bonne foi ait

la possession de ce dernier à la sienne propre pour invoquer l'usucapion par trente ans.

3° La possession avec juste titre et bonne foi conduit à l'usucapion au bout de dix ans ans, lorsque, pendant tout ce temps, le véritable propriétaire a eu son domicile dans le ressort de la Cour impériale où se trouve situé l'immeuble, et au bout de vingt ans seulement, lorsque ce propriétaire a toujours été domicilié dans le ressort d'une autre Cour impériale[35]. Art. 2265. Que si le véritable propriétaire avait eu, en différents temps, son domicile dans le ressort et hors du ressort de la situation de l'immeuble, chaque année d'absence ne compterait que pour la moitié d'une année de présence, de sorte qu'il faudrait deux années d'absence pour remplacer une année de présence. Art. 2266[36]. Le temps requis pour

existé chez le premier acquéreur ; il signifie seulement que la mauvaise foi, survenue dans la personne d'un acquéreur quelconque, ne forme pas obstacle à ce que l'usucapion par dix à vingt ans ne s'accomplisse à son profit, et par suite n'empêche pas qu'il ne puisse, même avant l'accomplissement de l'usucapion, transmettre à un successeur de bonne foi les avantages de sa propre position. L'argument qu'on a voulu tirer, contre notre manière de voir, de l'art. 2235, n'est pas plus concluant que celui auquel nous venons de répondre. Cet article, en effet, se borne à poser le principe de la jonction des possessions, sans indiquer les conditions auxquelles cette jonction devient possible pour conduire à l'usucapion par dix à vingt ans. D'un autre côté, l'art. 2235 autorise bien le possesseur actuel à joindre à sa possession celle de son prédécesseur ; mais cela ne veut pas dire que le successeur à titre particulier, dont la possession est complètement distincte de la possession de son auteur, puisse, en les soudant l'une à l'autre, faire participer la sienne propre aux avantages de celle de ce dernier.

[35] Suivant certains auteurs, dont l'opinion a même été consacrée par quelques arrêts, on devrait, pour l'application de la distinction indiquée au texte, s'attacher exclusivement au fait de la résidence, sans tenir compte du domicile. Voy. Delvincourt, II, p. 656 ; Marcadé, sur les art. 2265 à 2269, n° 5 ; Nîmes, 12 mars 1834, Sir., 34, 2, 360 ; Pau, 6 juillet 1861, Sir., 61, 2, 433. Mais l'argument qu'on a voulu tirer, dans ce sens, des mots de l'art. 2265 *Si le véritable propriétaire habite*, nous paraît écarté par la suite du même article, et par l'art. 2266, où le législateur s'est servi des termes *domicilié* et *domicile*. En effet, l'emploi de ces dernières expressions, sur la signification desquelles il n'y a pas de doute possible, fait disparaître toute incertitude quant à l'acception dans laquelle il convient de prendre le mot *habiter*, qui peut s'appliquer au domicile aussi bien qu'à la simple résidence. Nous ajouterons que l'opinion contraire serait incompatible avec l'esprit général de notre législation sur le domicile, et avec cette idée que, pour le règlement des rapports juridiques dans lesquelles une personne peut se trouver avec une autre, elle est toujours censée présente au lieu de son domicile. Vazeille, II, 503 à 505. Troplong, II, 865 et 866. Duranton, XXI, 377. Montpellier, 10 mars 1829, Sir., 30, 2, 44. Grenoble, 12 juillet 1834, Sir., 35, 2, 476.

[36] C'est évidemment par inadvertance que cet article dit : *il faut ajouter à ce*

l'usucapion est donc susceptible de varier de onze manières différentes, depuis dix ans jusqu'à vingt ans.

B. L'usucapion par dix à vingt ans, en consolidant la propriété, l'affranchit de toutes les éventualités d'éviction auxquelles elle se trouvait soumise, à raison d'actions en nullité, en rescision, ou en résolution ouvertes contre le titre de la personne dont l'acquéreur tient ses droits, et qui étaient de nature à réfléchir contre lui [37].

Mais cette usucapion n'a pas pour effet d'éteindre les servitudes réelles dont se trouve grevé un immeuble acquis et possédé comme franc, les charges de cette nature ne s'éteignant que par le non-usage pendant trente ans, alors même que l'immeuble grevé a passé dans les mains d'un tiers acquéreur [38].

L'usucapion par dix à vingt ans d'un immeuble corporel n'a pas non plus pour effet d'éteindre, par elle-même, les servitudes personnelles auxquelles cet immeuble se trouve soumis. Ce qui toutefois n'empêche pas que celui qui par juste titre et de bonne foi a acquis, soit du nu propriétaire, soit *a non domino*, un immeuble grevé d'usufruit, ne puisse, par l'effet de la prescription acquisitive de dix à vingt ans, réunir cet usufruit à la nue propriété [39].

Quant aux hypothèques, elles sont bien susceptibles de s'éteindre par la prescription de dix à vingt ans au profit du tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué. Mais cette prescription extinctive ne doit pas être confondue avec l'usucapion de la propriété, dont elle est complétement indépendante, bien qu'elle soit, comme cette dernière, fondée sur la possession [40].

L'usucapion par dix à vingt ans n'entraîne que l'extinction de l'action en revendication qui compétait au véritable propriétaire; elle laisse subsister, soit l'action personnelle en restitution qui peut lui appartenir contre celui dont émane le titre qui a servi de fondement à l'usucapion, soit tout au moins l'action en indemnité fondée

qui manque aux dix années de présence, au lieu de dire : *il faut ajouter aux années de présence*. Marcadé, *loc. cit.*

[37] Cpr. § 356, texte et note 43 ; § 360, texte et note 10 ; § 685 *quater*, texte *in fine* et note 7 ; § 700, texte *in fine* et note 20 ; § 739, texte et note 73. Vazeille, II, 517 et 518. Troplong, II, 850 à 852. Amiens, 3 août 1839, Sir., 41, 2, 190. Voy. cep. art. 966, et § 709, texte *in fine* et note 38.

[38] Art. 706 chn. 2264. Cpr. § 179, texte nº 2 et note 18.

[39] Voy. pour le développement de cette proposition : § 234, texte lett. D.

[40] Art. 2180. Cpr. § 293.

sur le délit ou le quasi-délit dont ce dernier s'est rendu coupable en disposant indûment de la chose d'autrui[41].

D'un autre côté, l'usucapion par dix à vingt ans n'a pas pour résultat de purger le titre en vertu duquel elle s'est accomplie, des vices de nullité relative ou de lésion dont il se trouve entaché; de sorte que l'action en annulation ou en rescision compétant à l'auteur de ce titre peut, selon les cas, survivre à l'accomplissement de l'usucapion[42].

De ces deux dernières propositions combinées entre elles il résulte que, malgré l'accomplissement de l'usucapion et l'extinction de l'action en revendication, le véritable propriétaire peut, du chef et comme créancier de celui qui a aliéné l'immeuble usucapé, exercer l'action en nullité ou en rescision qui serait encore ouverte, au profit de ce dernier, contre le titre d'aliénation, et obtenir ainsi, par voie d'action personnelle, la restitution de cet immeuble[43].

CHAPITRE IV.

Des actions qui naissent du droit de propriété.

§ 219.

Les actions naissant du droit de propriété sont l'action en revendication et l'action négatoire.

Quant à l'action publicienne, admise en Droit romain, elle n'existe plus chez nous comme action distincte de la revendica-

[41] Art. 1382 et 1383. Vazeille, II, 489. Req. rej., 20 juillet 1852, Sir., 52, 1, 689.

[42] C'est ce qui aurait lieu, bien qu'aux termes de l'art. 1304 l'action en nullité ou en rescision se prescrive également par dix ans, si la prescription de cette action n'avait commencé à courir que postérieurement au point de départ de l'usucapion, ou que le cours en eût été interrompu.

[43] Cette proposition, qui ne paraît pas contestable, fait en grande partie disparaître l'intérêt pratique que présente la question de savoir si la connaissance, de la part de l'acquéreur, des causes de nullité relative ou de rescision dont son titre est entaché, le constitue en mauvaise foi, et forme ainsi obstacle à l'usucapion par dix à vingt ans, puisque l'accomplissement de l'usucapion n'enlèvera pas au véritable propriétaire le moyen de recouvrer son immeuble, tant que l'action en nullité ou en rescision ne se trouvera pas elle-même éteinte par prescription ou confirmation. Et, dans l'hypothèse contraire, il serait bien rigoureux de considérer l'acquéreur comme ayant été de mauvaise foi à raison de la connaissance d'un vice purement relatif, qui pouvait disparaître, et qui de fait aura été complétement effacé.

tion. A notre avis, la controverse qui s'est élevée à ce sujet se réduit, en tant qu'on l'envisage dans son intérêt pratique, à une simple question de preuve, à celle de savoir quelles sont, dans telles circonstances données, et eu égard à la position du défendeur, les justifications à faire par le demandeur en revendication[1].

1° *De l'action en revendication.*

De sa nature, l'action en revendication peut avoir pour objet des meubles, aussi bien que des immeubles; mais en Droit français elle n'est admise, à l'égard des meubles, que dans les deux cas exceptionnels indiqués par le second alinéa de l'art. 2279[2].

a. L'action en revendication, qu'il faut se garder de confondre avec les actions en restitution fondées sur un rapport d'obligation personnelle, se forme contre le détenteur de l'immeuble revendiqué. La circonstance que ce détenteur ne posséderait pas pour son propre compte, mais pour le compte d'autrui, n'empêcherait pas

[1] C'est ce qui ressortira des explications données dans la suite du texte. Ces explications feront voir que, tout en nous rattachant, pour la solution du point de savoir quelles sont les justifications à faire par le demandeur en revendication, à l'idée d'un droit meilleur ou plus probable qui formait la base de l'action publicienne, nous pensons cependant qu'il convient, dans l'application de cette idée, de tenir compte de la différence profonde qui sépare notre législation, sous l'empire de laquelle la possession même de mauvaise foi renferme en elle le germe de l'usucapion, lorsque d'ailleurs elle réunit les qualités requises par l'art. 2229, et le Droit romain, qui n'admettait pas que la possession de mauvaise foi pût conduire à l'usucapion. C'est pour ce motif surtout que nous ne saurions nous associer à l'opinion des auteurs qui, examinant la question au point de vue purement théorique, enseignent que l'action publicienne subsiste encore aujourd'hui avec ses caractères et ses conditions propres. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que, dans notre Droit, le possesseur annal a toute une année pour rentrer, au moyen de la complainte, dans la possession dont il a été dépouillé, et qu'ainsi l'action publicienne ne présenterait plus, sous ce rapport, la même utilité pratique qu'en Droit romain, où l'interdit *uti possidetis* ne protégeait que le possesseur actuel, et non celui qui avait cessé de posséder. Voy. cep. pour le maintien de l'action publicienne : Duranton, IV, 233 et suiv., et XVI, 21; Troplong, *De la prescription*, I, 230, et *De la vente*, I, 235; Demolombe, IX, 481; Zachariæ, § 218, texte *in fine*, notes 11 et 12.

[2] Les actions que les art. 1926 et 2102, n° 4, du Code Napoléon, 574 et suiv. du Code de commerce qualifient d'actions en revendication, ne sont en réalité que des actions personnelles en restitution. Quant à la revendication dont il est question dans l'art. 2102, n° 1, al. 5, elle constitue bien une action réelle; mais elle dérive d'un droit de gage, et non d'un droit de propriété. — Les cas exceptionnels où la revendication est admise en fait de meubles ayant été développés au § 183, nous ne traiterons ici que de la revendication en matière immobilière.

que l'action ne fût régulièrement introduite[3], et ne dût être considérée comme interruptive de prescription à l'égard du véritable possesseur[4].

b. Le demandeur en revendication est tenu de justifier du droit de propriété qui forme le fondement de sa demande. Cette justification résulte, d'une manière irréfragable, de la preuve de l'accomplissement de l'usucapion au profit du revendiquant lui-même ou de l'un de ses auteurs. En dehors de cette hypothèse il convient, pour résoudre la question de savoir si la preuve du droit de propriété, sur lequel repose la demande en revendication, se trouve ou non rapportée, d'établir les distinctions suivantes[5] :

Lorsque le demandeur produit un titre translatif de propriété consenti à son profit, et que le défendeur n'en rapporte point, le revendiquant doit être considéré comme justifiant suffisamment de

[3] Le propriétaire, autorisé à poursuivre sa chose entre les mains de toute personne qui la détient, ne peut être tenu de rechercher à quel titre elle la détient, d'autant plus qu'il n'existe pas pour lui de moyens certains et légaux de reconnaître si elle la possède pour son propre compte ou pour le compte d'autrui. C'est aussi ce que décide formellement la loi 9, D. *de rei vind.* (6, 1), et ce qui résulte implicitement de l'art. 1727 du Code Napoléon, Pothier, *De la propriété*, nº 298. Il est bien entendu du reste que, si le défendeur déclare ne posséder que pour le compte d'un tiers qu'il indique, le demandeur devra, pour régulariser son action, mettre ce dernier en cause.

[4] Dès qu'on admet que l'action en revendication est régulièrement introduite contre celui qui détient l'immeuble revendiqué, on est forcément amené à reconnaître que la demande ainsi formée est interruptive de la prescription de cette action, quelle que soit la personne contre laquelle cette interruption doive réfléchir, sans qu'il puisse être ici question de l'application du principe, d'ailleurs incontestable, que l'interruption de la prescription ne s'étend pas, en général, d'une personne à une autre. Cpr. cep. Proudhon, *De l'usufruit*, II, 754; Vazeille, *Des prescriptions*, I, 249 ; Troplong, *De la prescription*, II, 654.

[5] En dehors de l'usucapion, la preuve du droit de propriété, qui incombe au demandeur en revendication, ne saurait, en pure théorie, s'administrer d'une manière complète que par la production d'un titre translatif de propriété, accompagnée de la justification du droit de l'auteur immédiat, et de celui des prédécesseurs de ce dernier. Mais une preuve aussi rigoureuse se concilierait difficilement avec les exigences pratiques; et il semble, d'un autre côté, qu'au point de vue de l'équité, on ne puisse réclamer du revendiquant que la preuve d'un droit meilleur ou plus probable que celui du défendeur. C'est sur ces considérations, combinées avec la présomption de propriété qui s'attache à la possession, que sont fondées les règles indiquées dans la suite du texte, règles qui, dans le silence de la loi sur les éléments constitutifs de la preuve du droit de propriété, nous paraissent devoir être admises par cela même qu'elles sont conformes à l'esprit général de notre législation,

son droit de propriété, pourvu que son titre soit antérieur à la possession du défendeur[6]. Au cas contraire il devrait, pour faire admettre sa demande, prouver le droit de propriété de son auteur au moyen d'une justification analogue à celle qui vient d'être indiquée, c'est-à-dire, en produisant le titre de ce dernier, et en prouvant que ce titre est d'une date antérieure à la possession du défendeur.

Quand les deux parties rapportent l'une et l'autre des titres translatifs de propriété, et que ces titres émanent de la même personne, c'est par l'antériorité des transcriptions ou, selon les cas, des titres eux-mêmes que se règle la préférence. Que si ces titres émanaient d'auteurs différents, la demande devrait être rejetée et le défendeur maintenu en possession[7], à moins que le demandeur ne parvînt à établir que son auteur l'eût emporté sur celui du défendeur dans le cas où la contestation se serait élevée entre ces derniers[8].

Enfin, lorsque le demandeur ne produit aucun titre à l'appui de sa réclamation, et qu'il se borne à invoquer, soit d'anciens faits de possession, soit des présomptions tirées de l'état des lieux ou d'autres circonstances, la question de savoir si le juge peut admettre ces moyens comme suffisants pour justifier la demande, doit se résoudre par une distinction entre le cas où le défendeur a une possession exclusive et bien caractérisée, et celui où les faits de jouissance dont il se prévaut ne réunissent pas les qualités constitutives d'une possession utile. Au premier cas, la présomption de propriété attachée à la possession du défendeur doit l'emporter, quelque graves que puissent être les circonstances de fait militant en faveur du demandeur[9]. Au second cas il appartient au juge de balancer entre elles les présomptions respectivement invoquées par

[6] Dans ce cas, en effet, et au point de vue des rapports des parties engagées dans le litige, la possession récente du défendeur ne peut guère être envisagée que comme une usurpation commise au préjudice du demandeur. Pothier, *op. cit.*, nº 324.

[7] *In pari causa, melior est causa possidentis*, L. 9, § 4, D. *de publ. in rem act.* (6, 2).

[8] Cette preuve une fois faite, le titre et la possession du défendeur doivent être écartés, par application de la règle *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse haberet.*

[9] Civ. cass., 22 novembre 1847, Sir., 48, 1, 24. Civ. cass., 9 décembre 1856, Sir., 57, 1, 588. Civ. cass., 10 janvier 1860, Sir., 60, 1, 340.

les deux parties, et d'accueillir ou de rejeter la demande suivant le résultat de cet examen comparatif[10].

c. L'action en revendication, dont l'objet principal est de faire reconnaître le droit de propriété du demandeur, tend, par voie de conséquence, à obtenir la restitution de l'immeuble revendiqué avec ses accessoires et accessions encore existants, ainsi que la bonification des produits ou émoluments de cet immeuble, et la réparation des dommages que le propriétaire aurait pu éviter s'il avait possédé lui-même[11].

En tant que les indemnités dont il vient d'être question sont fondées sur des causes postérieures à l'introduction de l'action, les droits du demandeur sont en général les mêmes, que le défendeur ait été de bonne foi ou de mauvaise foi[12]. C'est ainsi que le possesseur, même de bonne foi, est, à partir de la demande, tenu de restituer, non-seulement les fruits par lui perçus, mais encore ceux qu'il a négligé de percevoir[13]; et que, d'un autre côté, il répond des détériorations arrivées par sa faute. La seule différence qui, dans cette hypothèse, existe entre lui et le possesseur de mauvaise foi, c'est qu'il n'est pas tenu du cas fortuit[14].

Lorsqu'il s'agit de répétitions fondées sur des causes antérieures à l'introduction de l'action, il faut, pour déterminer d'une manière plus précise l'étendue de l'obligation de restitution qui incombe au défendeur, distinguer entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi.

[10] Req. rej., 31 juillet 1832, Sir., 32, 1, 783. Req. rej., 20 novembre 1834, Sir., 35, 1, 70. Req. rej., 13 juin 1838, Sir., 38, 1, 886. Civ. rej., 26 août 1839, Sir., 39, 1, 920. Req. rej., 29 janvier 1840, Sir., 40, 1, 957. Civ. rej., 16 avril 1860, Sir., 60, 1, 801. Req. rej., 11 novembre 1861, Sir., 62, 1, 41.

[11] Telle est l'idée complexe qu'on exprime d'ordinaire en disant que la restitution doit se faire *cum omni causa.* Cpr. L. 75, et L. 81, D. *de V. S.* (50, 16).

[12] Les obligations qui incombent à cet égard au possesseur, même de bonne foi, sont à considérer bien moins comme la conséquence d'une présomption de mauvaise foi attachée à la demande, que comme dérivant du contrat judiciaire. Cpr. § 206, texte et note 21. Le système contraire conduirait à imposer au défendeur qui aurait été de bonne foi jusqu'à l'introduction de la demande, l'obligation de répondre de toutes les détériorations survenues à partir de cette époque, et de celles même qui seraient le résultat d'un cas fortuit. Or cette conséquence nous paraît inadmissible en équité, et le Droit romain la rejette formellement. Cpr. texte et note 14 *infra.*

[13] § 2, *Inst. de off. jud.* (4, 17). L. 2, C. *de fruct. et lit. exp.* (7, 50).

[14] L. 40, *proe.*, D, *de her. pet.* (5, 3). Sell, *Römische Lehre der dinglichen Rechte*, § 94, p. 369.

Ce dernier est tenu de rendre compte des fruits par lui perçus et de ceux qu'il a négligé de percevoir[15]. Il est responsable de toute espèce de détériorations, et même de celles qui ont eu lieu par cas fortuit[16], à moins qu'il ne prouve, quant à ces dernières, qu'elles se seraient également produites si l'immeuble revendiqué avait été en la possession du demandeur. Art. 1302, al. 2. Enfin, lorsqu'il a disposé d'objets mobiliers, sujets à restitution comme accessoires de cet immeuble, il est tenu d'en bonifier la valeur intégrale, bien qu'il n'en ait retiré qu'un prix inférieur. Arg. art. 1379.

Le possesseur de bonne foi, au contraire, ne doit pas la restitution des fruits[17]. Il n'est responsable, ni des détériorations arrivées par cas fortuit, ni même de celles qui procèdent de son fait, si ce n'est jusqu'à concurrence du profit qu'il en aurait retiré[18]. Enfin il n'est tenu, quant aux objets mobiliers dont il a disposé, qu'à la restitution du prix qu'il en a obtenu[19].

La distinction établie, en ce qui concerne la restitution des fruits, entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, est étrangère aux produits et émoluments qui ne rentrent pas dans la catégorie des fruits proprement dits. La restitution en est due par le possesseur de bonne foi aussi bien que par le possesseur de mauvaise foi[20].

Du reste, le demandeur ne peut réclamer, même contre un possesseur de mauvaise foi, la restitution des fruits ou autres produits du fonds, que sous la déduction des frais de culture, de récolte, ou d'extraction[21]. Art. 548. Mais aussi a-t-il droit à cette restitution pour toute la durée de l'indue possession, sans qu'on puisse lui opposer la prescription de cinq ans établie par l'art. 2277[22].

[15] § 2, *Inst. de off. jud.* (4, 17). L. 33, et L. 62, § 1, D. *de rei vind.* (6, 1). Merlin, *Rép.*, v° Fruits, n° 4. Toullier, III, 110. Duranton, IV, 360. Demolombe, IX, 586. Cpr. sur le mode de restitution des fruits : Code de procédure, art. 129 et 526.

[16] Arg. art. 1379. Cpr. L. 40, *proe.*, D. *de her. pet.* (5, 3).

[17] Art. 549 et 550. Cpr. § 206.

[18] *Quia quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subjectus est.* L. 31, § 3, D. *de her. pet.* (5, 3).

[19] Arg. art. 1381. Duranton, IV, 366. Civ. cass., 21 mai 1848, Sir., 49, 1, 125.

[20] Voy. pour le développement de cette proposition : § 206, texte *in fine*, notes 30 et 31.

[21] Cpr. § 192, texte *in fine* et note 29.

[22] Duranton, IV. 363. Chavot, II, 500. Demolombe, IX, 639. Req. rej., 13 décembre 1830, Sir., 31, 1, 24. Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, p. 8.

d. Les exceptions à l'aide desquelles le défendeur peut repousser l'action en revendication, sont celles de prescription, de garantie, et de chose jugée.

Il n'est admis à opposer l'exception de prescription, qu'autant qu'il est devenu lui-même propriétaire de l'immeuble revendiqué par l'effet de l'usucapion [23].

L'exception de garantie lui appartient dans tous les cas où le revendiquant serait, soit de son propre chef, soit du chef d'une personne aux obligations de laquelle il a succédé, tenu de le garantir des suites de l'éviction qu'entraînerait l'admission de la demande. C'est ce qu'on exprime par les maximes : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio. Qui doit garantir, ne peut évincer* [24]. L'exception de garantie est indivisible, en ce sens qu'elle peut être opposée pour le tout, même à celui qui n'a succédé que pour partie à l'obligation de garantie née dans la personne de son auteur [25].

Quant à l'exception de chose jugée, elle peut être invoquée, non-seulement lorsque la nouvelle action est fondée sur le même titre que la précédente, mais encore dans le cas où la première demande a été formée en termes généraux, sans indication d'un titre déterminé d'acquisition. Cette exception, au contraire, ne serait pas recevable si, la première demande ayant été formée en vertu d'un titre déterminé d'acquisition, la seconde se trouvait fondée sur un titre différent [26].

e. La question de savoir dans quels cas, et dans quelle mesure, le défendeur, condamné au délaissement de l'immeuble revendiqué, est autorisé à demander la bonification de ses impenses, se résout diversement selon la nature des impenses [27].

Les impenses nécessaires, c'est-à-dire celles qui ont pour objet

[23] Cpr. § 210, texte et note 4; § 216, texte et note 3; § 772, texte n° 1.

[24] Art. 1382. Cpr. LL. 11 et 31. C. *de evict.* (21, 2). Pothier, *Du contrat de vente*, n° 165. Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 4 *bis*, n° 6. Civ. cass., 24 janvier 1826, Sir., 26, 1, 387.

[25] Cpr. § 355, texte, notes 3, 6 et 9.

[26] Cpr. § 769, texte et note 87.

[27] A l'exemple du Droit romain (cpr. L. 79, D. *de V. S.*, 50, 16), le Code Napoléon distingue trois espèces d'impenses, savoir, les nécessaires, les utiles, et les voluptuaires. Cpr. art. 599, 861, 862, 1381, 1634, 1635, 1673 et 2175. La théorie des impenses, telle que nous l'établissons, est dans toutes ses parties fondée sur la règle *Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.* L. 206, D. *de R. J.* (50, 17).

la conservalion de l'immeuble [28], doivent être restituées intégralement, alors même que, par suite d'un cas fortuit, elles ne profiteraient en rien au propriétaire [29]; et sans qu'il y ait en général à distinguer si le défendeur était de bonne foi ou de mauvaise foi au moment où il les a faites [30]. Toutefois, les dépenses d'entretien étant à considérer comme charges des fruits, ne donnent lieu à aucune répétition en faveur du possesseur qui, à raison de sa bonne foi, a été dispensé de la restitution des fruits [31].

Les impenses utiles, c'est-à-dire celles qui, sans avoir été indispensables à la conservation de l'immeuble, ont eu pour résultat de l'améliorer et d'en augmenter la valeur, ne peuvent être répétées que jusqu'à concurrence de la mieux-value encore existante lors du délaissement [32]. Dans cette limite, elles sont dues au possesseur de mauvaise foi aussi bien qu'au possesseur de bonne foi [33]; et ce dernier est autorisé à en réclamer la bonification, sans aucune déduction à raison des fruits qu'il est dispensé de restituer [34].

[28] *Impensæ necessariæ sunt, quæ si non factæ sunt, res peritura aut deterior futura sit.* L. 79, D. *de V. S.* (50, 16).

[29] Le propriétaire, en effet, s'est enrichi par le fait même de ces impenses, qu'il eût été obligé de faire lui-même, et qu'il s'est trouvé dispensé de payer. Voy. cep. Demolombe, IX, 687.

[30] Arg. art. 1381. C'est ce qui était déjà admis en Droit romain. L. 5, C. *de rei vind.* (3, 32). Demolombe, IX, 686. Il est toutefois bien entendu que le possesseur de mauvaise foi ne peut avoir aucune répétition à former pour les impenses nécessaires qu'un cas fortuit a fait disparaître, lorsque, faute de prouver que la perte en aurait également eu lieu entre les mains du propriétaire, il se trouve responsable des cas fortuits.

[31] Arg. art. 605, al. 1. Cpr. L. 18, § 2, D. *commod. vel cont.* (13, 6). L. 7, § 2, D. *de usuf.* (7, 1).

[32] C'est dans cette mesure seulement, que le propriétaire du fonds en profite. Voy. art. 1673.

[33] Le Droit romain contenait sur ce point une décision contraire, et ne reconnaissait au possesseur de mauvaise foi que le droit d'enlever ce qui pouvait l'être sans dégradation du fonds. L. 37, D. *de rei vind.* (6, 1). L. 7, § 12, D. *de acq. rer. dom.* (41, 1). L. 5, C. *de rei vind.* (3, 32). Ce n'était qu'en matière de pétition d'hérédité que, d'après la loi 38, D. *de her. pet.* (5, 3), le possesseur de mauvaise foi se trouvait placé, en ce qui concerne les impenses utiles, sur la même ligne que le possesseur de bonne foi. Mais, dans notre ancienne jurisprudence, on avait déjà, par application de la règle citée dans la note 27 *supra*, généralisé la disposition de cette dernière loi, en l'étendant de la pétition d'hérédité à la revendication.

[34] Cpr. sur cette proposition : § 204, texte, lett. *b*, et note 15.

Du reste, il ne faut pas confondre avec les simples améliorations, les constructions nouvelles, dont le sort est réglé par l'art. 555 [35].

Quant aux impenses voluptuaires, c'est-à-dire de simple agrément, et qui n'ont point eu pour résultat d'augmenter la valeur de l'immeuble, le défendeur, qu'il ait été de bonne foi ou de mauvaise foi, n'est point en droit d'en demander le remboursement. Il est seulement autorisé à les enlever, lorsqu'elles sont susceptibles de l'être sans dégradation du fonds, et que d'ailleurs les objets à détacher peuvent lui être de quelque utilité [36].

Le possesseur, même de bonne foi, ne jouit pas d'un véritable droit de retention pour le remboursement de ses impenses, sauf au juge, si le demandeur en revendication ne présentait pas des garanties suffisantes de solvabilité, à faire dépendre de ce remboursement l'exécution de la condamnation en délaissement [37].

Le demandeur en revendication n'est pas tenu de restituer au défendeur le prix que celui-ci peut avoir payé pour l'acquisition de l'immeuble au délaissement duquel il se trouve condamné; et ce, alors même qu'il l'aurait acquis par voie d'adjudication publique [38].

Il est toutefois entendu que, si le défendeur avait employé tout ou partie de son prix à l'acquittement de charges réelles, susceptibles d'être poursuivies contre le demandeur, ce dernier serait tenu de lui bonifier le montant des paiements ainsi effectués [39].

2° *De l'action négatoire.*

L'action négatoire est celle qui compète au propriétaire d'un immeuble, pour le faire déclarer franc et libre des servitudes, réelles ou personnelles, qu'un tiers prétendrait exercer sur cet immeuble. Cette action tend accessoirement à faire interdire au défendeur tout ultérieur exercice de la servitude, et à obtenir la réparation des dommages que son exercice antérieur a pu causer au demandeur.

Ce dernier n'a d'autre preuve à faire que celle de son droit de propriété. Cette preuve se fait suivant les règles ci-dessus expo-

[35] Voy. à cet égard : § 204, texte, lett. *b*.

[36] Arg. art. 599. Cpr. Demolombe, IX, 689.

[37] Cpr. § 256.

[38] La disposition tout exceptionnelle de l'art. 2280 est étrangère à la revendication en matière immobilière.

[39] Cpr. L. 63, D. *de rei vind.* (6, 1). Pothier, *De la propriété*, n° 343.

sées. Le demandeur n'a donc point à établir que son immeuble est franc de la servitude réclamée par le défendeur. C'est, au contraire, à celui-ci qu'incombe l'obligation d'en prouver l'existence. Il en serait ainsi, bien que, par une sentence rendue au possessoire, il eût été maintenu dans la jouissance de la servitude [40].

Du reste, l'action négatoire peut également avoir pour objet de faire ramener dans ses limites véritables l'exercice d'une servitude dont l'existence est reconnue; et dans ce cas, c'est également au défendeur à prouver que la servitude a réellement l'étendue qu'il prétend lui assigner.

CHAPITRE V.

De l'extinction, de la perte, et de la révocation de la propriété.

§ 220.

De l'extinction absolue, et de la perte relative de la propriété.

1° Le droit de propriété s'éteint, d'une manière absolue, par la destruction totale de la chose qui s'y trouvait soumise. Une simple inondation, quelque prolongée qu'en soit la durée, ne fait pas cesser le droit de propriété [1].

[40] La question de savoir à laquelle des deux parties incombe la charge de la preuve, quant à l'existence ou à la non-existence de la servitude, est vivement controversée entre les commentateurs du Droit romain, non-seulement pour le cas où le défendeur a été maintenu au possessoire dans la jouissance de la servitude, mais même pour celui où il en a simplement la quasi-possession. Toutefois, l'opinion émise au texte est celle qui se trouve enseignée par les meilleurs auteurs. Voy. Sell, *Römische Lehre der dinglichen Rechte*, § 98, p. 393. Quoi qu'il en soit de cette controverse en Droit romain, la question ne nous paraît pas susceptible de sérieuses difficultés en Droit français; et nous nous bornerons, pour justifier notre manière de voir, à renvoyer au principe posé au § 190. Merlin, *Quest.*, v° Servitudes, § 3, n° 1. Toullier, III, 714. Bélime, *Des actions possessoires*, n° 492. Carou, *Des actions possessoires*, n° 138. Curasson, *Compétence des juges de paix*, II, p. 416. Garnier, *De la possession*, p. 487. Marcadé, sur l'art. 1315, n° 2. Demolombe, XII, 957. Grenoble, 14 juillet 1832, Sir., 33, 2, 11. Limoges, 28 juillet 1842, Sir., 43, 2, 25. Agen, 30 novembre 1852, Sir., 54, 2, 8. Agen, 23 novembre 1857, Sir., 57. 2, 769. Voy. en sens contraire: Delvincourt, I, p. 413 et 414; Duranton, V, 641; Pardessus, *Des servitudes*, II, 330; Taulier, II, p. 442 et 443.

[1] Cpr. § 179, texte et note 20. Merlin, *Rép.*, v° Motte-ferme. Demolombe, X, 172 à 174. Req. rej., 26 juin 1833, Dalloz, 1833, 1, 282. Req. rej., 20 janvier

Ce droit s'éteint de la même manière par la mise de la chose hors du commerce. Une pareille transformation juridique peut résulter, non-seulement d'une expropriation ou cession volontaire pour cause d'utilité publique, mais encore d'un événement de la nature emportant incorporation de la chose au domaine public. C'est ce qui a lieu pour les terrains sur lesquels une rivière navigable ou flottable se forme un nouveau cours ou étend son ancien lit [2].

Enfin, le droit de propriété s'éteint, d'une manière absolue, quant aux animaux sauvages qui, en recouvrant leur liberté naturelle, redeviennent des choses *nullius* [3], et quant aux objets abandonnés par leur propriétaire, avec l'intention de les laisser avenir au premier occupant [4].

2° Le droit de propriété se perd d'une manière relative, c'est-à-dire, pour le propriétaire actuel, dans les cas où la loi attribue à une personne, à titre d'invention, d'accession, ou de prescription, la propriété d'une chose qui appartenait à une autre.

Il se perd de la même manière par l'effet des conventions translatives de propriété, des adjudications sur licitation ou sur saisie, des retraits légaux, des actes d'abandon prévus par les art. 656 et 699, et par l'effet des jugements qui ordonnent la restitution d'une chose dont la propriété n'avait été transmise qu'en vertu d'un titre vicieux.

Enfin, la propriété se perd encore, d'une manière relative, par la confiscation [5].

§ 220 *bis*.

De la révocation de la propriété.

La propriété est de sa nature irrévocable.

Cependant elle est exceptionnellement sujette à révocation, lorsqu'elle n'a été transmise qu'en vertu d'un titre révocable à la volonté de celui qui l'a concédé. Il en est ainsi pour les donations faites entre époux pendant le mariage, et pour les ventes dans

1835, Dalloz, 1835, 1, 49. Cpr. Rouen, 30 janvier 1839, Sir., 39, 2, 252; Req. rej., 11 novembre 1840, Sir., 40, 1, 1001.

[2] Art. 562 et 563. Cpr. L. 1, § 7, D. *de flum.* (43, 12). Demolombe, X, 175. Req. rej., 25 avril 1842, Sir., 42, 1, 621.

[3] § 12, *Inst. de rer. div.* (2, 1). Cpr. § 179, texte et note 14.

[4] Cpr. § 168, texte et note 2.

[5] Cpr. Code pénal, art. 11.

lesquelles le vendeur s'est réservé, pendant un certain délai, la faculté de se départir du contrat, ou celle de reprendre la chose vendue moyennant la restitution du prix [1].

D'un autre côté, la propriété est également sujette à révocation, lorsque le titre qui l'a conférée se trouve soumis à une condition résolutoire, expresse ou tacite. La condition résolutoire tacite est, en général [2], sous-entendue dans les contrats parfaitement synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisferait pas à son engagement (*pacte commissoire*). Art. 1184. Elle l'est encore, en matière de dispositions à titre gratuit, pour les causes spécialement indiquées aux art. 953, 954, 955, 960 et 1046.

Les deux hypothèses ci-dessus rappelées sont les seules où il puisse être question de propriété révocable, dans le sens propre du mot; et c'est à tort qu'on comprend quelquefois sous l'idée générale de révocation tous les cas où le propriétaire se trouve privé de son droit par une cause quelconque indépendante de sa volonté.

Lorsque celui qui possède une chose à titre de propriétaire est condamné à la délaisser par suite, soit d'une action en nullité ou en rescision, soit d'une action paulienne, soit enfin d'une demande en réduction pour atteinte portée à la réserve, ou en restitution de l'indu, la propriété n'est pas à considérer comme simplement révoquée, mais bien comme n'ayant jamais été transmise, même seulement d'une manière intérimaire [3].

Quant aux donations en avancement d'hoirie, le rapport auquel elles sont soumises emporte bien une certaine éventualité de résolution; mais cette éventualité, d'une nature toute spéciale, diffère essentiellement dans ses effets de celle qui se trouve attachée à la révocation ordinaire [4].

[1] Voy. quant aux donations entre époux, art. 1096. — Voy. sur le pacte de réméré, ou retrait conventionnel, art. 1659 et suiv. — Voy. en ce qui concerne le *pactum displicentiæ*, § 352, texte et note 4. Il est à remarquer que, si ce dernier pacte avait été stipulé par l'acquéreur, l'usage qu'il en ferait n'opérerait pas contre lui révocation de son titre, mais constituerait de sa part une renonciation volontaire à son droit de propriété. Merlin, *Quest.*, v° Résolution, § 1. Pardessus, *Des servitudes*, II, 318.

[2] Voy. cep. art. 1978; § 390, texte et notes 9 à 14.

[3] Dans ces différents cas, le titre de l'acquéreur se trouve entaché d'un vice qui en entraîne, non pas seulement la révocation, mais l'anéantissement complet ou partiel.

[4] Cpr. art. 843, 845, 859, 860 et 865.

La révocation de la propriété transmise au moyen d'un titre révocable à la volonté de celui qui l'a concédé, s'opère par la manifestation même de cette volonté [5].

La révocation attachée à l'événement d'une condition résolutoire s'opère, en général, de plein droit, dès l'instant de cet événement, peu importe que la condition soit casuelle, potestative ou mixte, affirmative ou négative, expresse ou tacite [6].

Par exception à cette règle, la condition résolutoire, connue sous le nom de pacte commissoire, n'opère révocation de la propriété qu'en vertu du jugement qui la déclare, ou de la convention qui la constate [7]. La même exception s'applique à la condition résolutoire attachée, en matière de dispositions à titre gratuit, à l'ingratitude du donataire ou légataire, et à l'inexécution des charges imposées à ces derniers. Art. 956 et 1046.

Au point de vue des effets que la révocation de la propriété produit à l'égard des tiers, on la distingue en révocation *ex tunc* et en révocation *ex nunc*, suivant qu'elle s'opère ou non d'une manière rétroactive [8]. En général, la révocation a lieu avec effet rétroactif, et ce n'est que dans les cas où il existe une disposition spéciale contraire, qu'elle opère pour l'avenir seulement. Arg. art. 1183.

En matière immobilière, la révocation *ex tunc* entraîne, en vertu de la maxime *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis,* la résolution de tous les droits réels procédant de celui dont la propriété se trouve révoquée. Art. 954, 963, 1673 et 2125, et arg. de ces articles. L'ancien propriétaire est donc autorisé à reprendre son immeuble franc et quitte de toutes les charges, servitudes, ou hypothèques, dont il aurait été grevé du chef du propriétaire dé-

[5] Voy. sur la révocation des donations entre époux : art. 1096 ; § 744, texte nº 5. Voy. sur l'exercice du retrait conventionnel : § 357, texte et notes 7 à 9.

[6] Art. 1183. Cpr. § 302, texte nº 3, notes 44 et 45.

[7] Cpr. § 302, texte nº 3 et notes 46 à 50. On ne saurait, d'une manière absolue, exiger un jugement qui déclare la révocation, lorsque les parties sont d'accord pour reconnaître l'existence des faits auxquels elle se trouve attachée. Seulement faut-il, quand une convention constate en apparence une révocation, examiner soigneusement, d'après les circonstances dans lesquelles elle est intervenue, si elle est en réalité simplement déclarative de la révocation, ou si elle constitue une rétrocession. Cpr. § 209, texte, lett. A et note 31 ; texte, lett. B, nº 4, et note 58 ; § 266.

[8] Nous n'avons pas à nous occuper ici des effets que produit entre les parties la résolution des contrats translatifs de propriété.

possédé. Mais il est tenu de respecter les actes d'administration de ce dernier, et notamment les baux de neuf ans ou au-dessous par lui passés [9].

En fait de meubles corporels, au contraire, la révocation même *ex tunc* ne réfléchit pas, directement et par elle-même, contre les tiers, acquéreurs, usufruitiers, ou créanciers nantis, qui ne peuvent être condamnés à la restitution de la chose soumise à leur droit de propriété, d'usufruit, ou de gage, qu'autant qu'ils y seraient tenus en vertu d'une obligation personnelle dérivant de leur mauvaise foi [10].

La révocation *ex nunc*, c'est-à-dire celle qui, par exception, s'opère sans rétroactivité à l'égard des tiers, laisse subsister, même en matière immobilière, les aliénations consenties par le propriétaire dépossédé, ainsi que les hypothèques et les servitudes qu'il peut avoir constituées. Voy. art. 132 et 958.

APPENDICE A LA PROPRIÉTÉ.

Des formes particulières que peut affecter le droit de propriété.

A. *De la copropriété portant sur des choses individuellement considérées* [1].

§ 221.

1. *De la copropriété ordinaire.*

La copropriété est le droit de propriété compétent à plusieurs personnes sur une seule et même chose, qui n'appartient ainsi à chacune d'elles que pour une quote-part idéale ou abstraite[2].

[9] Art. 1673 et arg. de cet article. Sous ce rapport, la simple révocation de la propriété produit des effets moins étendus que l'annulation ou la rescision du titre translatif de propriété. Cpr. § 369, texte nº 4, notes 8 et 9.

[10] Cpr. § 183, texte nº 4 et note 24 ; texte nº 5 et note 32.

[1] Cpr. sur cette matière : *Du quasi-contrat de communauté*, à la suite du *Traité sur le contrat de société*, par Pothier.

[2] La copropriété, telle que nous la définissons, est celle que d'anciens auteurs allemands qualifiaient de *condominium pro diviso vel juris romani* (*Miteigenthum*), par opposition au *condominium pro indiviso vel juris germanici* (*Gesammteigenthum*), expressions sous lesquelles ils désignaient la copropriété

Le Code Napoléon ne s'étant pas spécialement occupé de la copropriété des choses individuellement considérées[3], c'est à la doctrine qu'incombe la tâche d'en construire la théorie, en s'aidant avec discernement des matériaux fournis tant par le titre *de la propriété* que par ceux *des successions* et *du contrat de société*.

Dans le développement de cette théorie, nous aurons principalement en vue l'hypothèse où il n'existe entre les copropriétaires ou communistes que de simples rapports de communauté *sine affectu societatis*. Ce n'est qu'à cette hypothèse que s'appliquent d'une manière absolue les règles ci-après exposées, qui ne sauraient être étendues à la copropriété entre époux communs en biens ou entre associés, que sauf les modifications indiquées dans la matière de la communauté entre époux et dans celle de la société.

1° Chaque copropriétaire jouit, en ce qui concerne sa quote-part idéale, des droits inhérents à la propriété qui sont compatibles avec la nature purement intellectuelle de cette quote-part; et il peut les exercer sans le consentement de ses consorts.

Ainsi, tout communiste a la faculté d'aliéner sa quote-part indivise, sans même que les autres copropriétaires soient autorisés à en exercer le retrait[4]. Ses créanciers sont aussi en droit de saisir et de faire vendre cette quote-part comme telle, c'est-à-dire avant tout partage, et ce, alors même que la chose commune serait immobilière[5].

en vertu de laquelle chacun des communistes est à considérer comme propriétaire *in solidum* de la totalité de l'objet indivis, sauf les restrictions auxquelles l'exercice de son droit se trouve virtuellement soumis par la présence et les droits de ses consorts. Voy. Hofacker, ***Principia juris civilis***, II, § 909. On rencontre encore dans la matière des *successions* des vestiges de cette dernière espèce de copropriété. C'est par elle que s'explique le principe de l'indivisibilité de la saisine héréditaire. Cpr. § 609.

[3] Au titre *des successions* il n'est question que de la copropriété et du partage de l'hérédité, c'est-à-dire d'une universalité juridique. Au titre *du contrat de société*, la matière est bien moins traitée au point de vue du droit de copropriété, considéré en lui-même, que sous celui des rapports personnels qu'engendre l'association.

[4] Le retrait établi par l'art. 841, en matière de cession de droits successifs, n'est pas même admis contre les cessions de droits indivis dans une communauté conjugale, ou dans une société. Voy. § 359 *ter*, texte *in fine*, et note 43. A plus forte raison, ne saurait-il être exercé contre la cession d'une part indivise dans une chose individuellement déterminée.

[5] *Non obstat* art. 2205. La disposition de cet article paraît bien, d'après l'esprit qui l'a dictée, devoir être appliquée à tous les cas où l'indivision porte sur une

Ainsi encore, chaque communiste peut valablement constituer des hypothèques conventionnelles sur sa quote-part indivise dans l'immeuble commun; et les hypothèques légales ou judiciaires dont ses biens se trouvent grevés, frappent également cette quote-part[6]. Toutefois, de pareilles hypothèques, dont le sort reste toujours subordonné au résultat du partage ou de l'acte qui en tient lieu, deviennent complétement inefficaces dans le cas où l'immeuble commun tombe au lot d'un autre communiste, ou lui est adjugé sur licitation.

Enfin, chaque communiste est recevable à revendiquer, contre tout tiers détenteur, sa quote-part idéale, sinon pour obtenir un délaissement, qui ne se comprend qu'autant que la revendication porte sur des objets corporels, du moins pour faire reconnaître son droit de copropriété[7].

2° Les parts idéales des copropriétaires ne constituant pas des corps certains, aucun d'eux ne peut, sans le consentement de ses consorts, exercer sur la totalité de la chose commune, ni même sur la moindre partie physiquement déterminée de cette chose, des actes matériels ou juridiques emportant exercice actuel et immédiat du droit de propriété.

Aucun des communistes ne peut donc faire à la chose commune des innovations matérielles auxquelles ses consorts n'auraient point donné leur assentiment[8].

Il ne peut pas davantage aliéner cette chose, la grever de servitudes ou d'hypothèques, au détriment du droit de ses consorts. Les actes d'administration qu'il a passés ne lient même pas ces derniers[9]; spécialement, le bail consenti par un seul des communistes

universalité ou sur une masse de biens. Mais il n'y aurait aucun motif pour l'étendre à l'hypothèse où l'objet indivis est un immeuble déterminé dans son individualité. Voy. § 581, texte n° 2, et note 18.

[6] Toullier, III, 573. Pardessus, *Des servitudes*, II, 254. Demante, II, 541*bis*, V. Demolombe, XII, 743.

[7] Cpr. § 620, texte, notes 2 et 3; Civ. cass., 28 avril 1851, Sir., 51, 1, 442.

[8] Arg. *a fortiori*, art. 1859, al. 4. *Melior est conditio prohibentis.* L. 28, D. *com. div.* (10, 3). Pardessus, *op. cit.*, I, 192. Demolombe, XI, 447. Grenoble, 12 janvier 1818, et Bourges, 16 janvier 1826, Dev. et Cav., *Coll. nouv.*, V, 2, 343, et VIII, 2, 180. Metz, 6 février 1857, Sir., 58, 2, 44.

[9] La disposition du 1er al. de l'art. 1859, d'après lequel les associés sont censés s'être donné respectivement mandat pour l'administration des affaires sociales, ne s'applique pas aux communautés formées *sine affectu societatis.* Civ. cass., 22 novembre 1852, Sir., 53, 1, 73. Cpr. cep. Bordeaux, 11 avril 1845, Sir., 46, 2, 315. Cet arrêt, dont un considérant est contraire à la proposition ci-dessus

n'est point opposable aux autres[10]. Toutefois, les actes d'aliénation, de constitution de servitudes ou d'hypothèques, et les baux consentis par l'un des communistes deviendraient intégralement ou partiellement efficaces, si, par le résultal du partage, tout ou partie de la chose commune tombait au lot de ce dernier[11].

Enfin, aucun des communistes n'est recevable, dès avant le partage, à former contre le tiers détenteur de la chose commune une demande en revendication tendant au délaissement d'une partie matériellement déterminée de cette chose[12].

3° Tout copropriétaire est autorisé à jouir de la chose commune, conformément à sa destination, et à charge de ne point empêcher ses consorts d'en user selon leur droit[13].

Ce droit de jouissance ne l'autorise pas à détériorer la condition de la chose commune dans son intérêt particulier. C'est ainsi que le communiste, qui serait propriétaire exclusif d'un héritage joignant le fonds commun, ne pourrait établir des vues droites sur ce fonds qu'à la distance de 19 décimètres de la ligne qui le sépare de son propre héritage[14].

4° Tout communiste peut contraindre ses consorts à contribuer, proportionnellement à leur intérêt, aux frais d'entretien et de conservation de la chose commune, sauf à ces derniers à s'affranchir de cette obligation par l'abandon de leur droit de copropriété[15].

5° Chaque copropriétaire est autorisé à demander en tout temps le partage de la chose commune, qui d'ailleurs ne se trouverait pas soumise, à raison de sa nature et de sa destination, à une indivision forcée[16]. Art. 815[17].

énoncée, nous paraît cependant avoir bien jugé au fond, à raison des circonstances particulières dans lesquelles il a été rendu.

[10] Cpr. § 364, texte et note 5.

[11] Toullier, III, 573. Pardessus, *op. cit.*, II, 250 à 253. Demolombe, XII, 742.

[12] Cpr. texte et note 7 *supra*; § 519, texte *in fine*, notes 19 et 20; Bourges, 14 janvier 1831, Sir., 32, 2, 151; Req. rej., 13 novembre 1833, Sir., 33, 1, 839; Civ. cass., 28 avril 1851, Sir., 51, 1, 442.

[13] Arg. art. 1859, n° 2. Pardessus, *op. cit.*, I, 192. Demolombe, XI, 445 et 446.

[14] Demolombe, XII, 565. — *Quid* s'il s'agissait d'une cour ou d'une ruelle placée, par sa destination, dans un état d'indivision forcée. Cpr. § 221*ter*, texte n° 1, notes 6, 9 et 10.

[15] Arg. art. 1859, n° 3, et 656. Pothier, n° 192. Pardessus, *op. cit.*, I, 192. Demolombe, XI, 448 et 449. Req. rej., 2 février 1825, Sir., 25, 1, 363.

[16] L'hypothèse où la chose commune se trouve soumise à une indivision forcée, fera l'objet du § 221*ter*.

[17] Bien que cet article soit placé au titre *des successions*, le principe d'ordre

Il en est ainsi, alors même que les copropriétaires ont conventionnellement affecté un terrain indivis entre eux à un usage commun, par exemple, au pacage de leurs bestiaux respectifs[18].

La circonstance que les communistes auraient procédé entre eux à une division quelconque de jouissance, et que cet état de choses se serait prolongé pendant un temps plus ou moins long, ne les priverait pas de la faculté de demander le partage de la chose commune elle-même. C'est ainsi que, dans le cas où les copropriétaires d'un moulin ont arrêté d'en jouir alternativement de deux jours l'un, ainsi que dans celui où les copropriétaires d'une prairie sont convenus d'alterner annuellement entre eux l'exploitation de ses diverses parties, ou d'attribuer à l'un le produit des premières herbes et à l'autre celui des secondes herbes, ces conventions, qui ne sont relatives qu'à la jouissance de la chose commune, ne forment aucun obstacle à la demande d'un partage de propriété[19].

Le droit de demander le partage est en lui-même imprescriptible, tant que dure l'indivision. Il ne peut s'éteindre qu'indirectement, par la cessation de cette dernière. C'est ce qui a lieu, lorsque l'un des communistes a possédé la totalité de la chose commune à titre de propriétaire exclusif, et ce, pendant trente années après avoir manifesté ses prétentions à ce titre par des actes de contradiction aux droits de ses consorts[20]. Il en est encore ainsi, lorsque les différents communistes ont, pendant cet espace de temps, possédé au même titre, et comme s'il y avait eu partage entre eux, des portions matériellement déterminées, dont l'ensemble forme l'intégralité de la chose commune. Que si l'un des communistes n'avait possédé, à titre de propriétaire exclusif, qu'une partie de la chose commune, et que le surplus fût demeuré dans l'indivi-

public qu'il consacre n'en est pas moins applicable à l'indivision portant sur une chose particulière aussi bien qu'à celle d'une hérédité. C'est là un point qui n'a jamais été contesté.

[18] Civ. rej., 18 novembre 1818, Sir., 19, 1, 229.

[19] Civ. cass., 15 février 1813, Sir., 13, 1, 316. Rennes, 27 mai 1812, Sir., 15, 2, 102. Req. rej., 22 mars 1836, Sir., 36, 1, 385. Civ. rej., 31 janvier 1838, Sir., 38, 1, 120. Cpr. § 221*bis*, texte et note 5.

[20] Il ne suffit pas que l'un des communistes ait de fait joui seul de la chose commune ; il faut de plus, pour écarter toute équivoque, qu'il ait, par des actes de contradiction aux droits de ses consorts, manifesté l'intention de se gérer comme propriétaire exclusif. Voy. art. 816 ; § 217, texte nº 2 et note 10. Req. rej., 11 août 1859, Sir., 61, 1, 65. Cpr. Civ. rej., 26 août 1856, Sir., 57, 1, 28.

sion, l'action en partage ne serait éteinte que pour la portion usucapée, et continuerait de subsister pour la partie restée indivise.

Les copropriétaires ne peuvent pas renoncer d'une manière indéfinie au droit de provoquer le partage : une pareille renonciation serait à considérer comme non avenue [21]. Mais il leur est permis de convenir de la suspension du partage pour un délai de cinq années au plus, et même de renouveler une pareille convention autant de fois qu'ils le jugent convenable. D'un autre côté, un testateur ou donateur peut aussi, dans les limites de la quotité disponible, attacher à sa disposition la condition que la chose donnée ou léguée restera indivise pendant le même espace de temps [22].

Les règles relatives au partage des successions, à la manière de l'opérer, et aux effets qu'il produit, s'appliquent en général aussi au partage des choses particulières [23].

Ainsi, d'une part, ce partage peut se faire à l'amiable, lorsque tous les intéressés sont présents, majeurs et maîtres de leurs droits, et doit, au cas contraire, se faire en justice, suivant les formes tracées par la loi [24]. Chacun des communistes est autorisé à demander sa part en nature, à moins que la chose commune ne soit pas susceptible de se partager commodément, auquel cas elle doit être licitée ou vendue aux enchères, et le prix en provenant distribué entre les copropriétaires au prorata de la part de chacun d'eux. Art. 826, 827 et 1686. Tout communiste est le maître de demander que la licitation se fasse à l'admission des étrangers ; et ceux-ci doivent nécessairement y être appelés, lorsqu'il se trouve parmi les intéressés des mineurs, des interdits, ou des absents. Art. 1687. Il est procédé à la licitation suivant les formes déterminées par le Code de procédure. Art. 1688.

Ainsi, d'un autre côté, le partage n'est que déclaratif, et non translatif de propriété, en ce sens, que chaque communiste est considéré comme ayant été, dès l'origine de l'indivision, propriétaire exclusif de ce qui est tombé dans son lot, et comme n'ayant jamais eu aucun droit de propriété sur ce qui est échu à ses consorts [25]. On doit sous ce rapport assimiler au partage proprement

[21] Req. rej., 9 mai 1827, Sir., 27, 1, 471.
[22] Art. 815, al. 2. Cpr. sur ces diverses propositions : § 622, texte et notes 3 à 6.
[23] Art. 1476 et 1872, et arg. de ces articles.
[24] Art. 466, 838 et 840. Cpr. §§ 623 et 624.
[25] Il a toujours été admis que l'art. 883, quoique ne s'occupant expressément

dit, non-seulement la licitation par suite de laquelle l'un des communistes est devenu propriétaire exclusif de la chose commune, mais encore tout acte à titre onéreux dont l'effet a été de faire cesser l'indivision d'une manière absolue, c'est-à-dire relativement à tous les communistes [26]. Les conséquences de la rétroactivité du partage dont il est ici question, sont du reste les mêmes que celles du partage d'une succession [27].

Enfin, les dispositions des art. 887 et suiv., sur la rescision du partage héréditaire, sont également applicables au partage d'une chose particulière [28].

§ 221 *bis*.

2. *De la copropriété résultant du concours de plusieurs propriétaires ayant droit chacun à des produits différents d'un même fonds.*

Si le droit de jouissance, qui forme l'un des attributs de la propriété, s'étend en principe à tous les fruits et émoluments de la chose, aucun obstacle légal ne s'oppose cependant à la division de ce droit, par nature de produits, entre plusieurs propriétaires, de telle sorte que les produits d'une certaine espèce appartiennent à l'un d'eux, et le surplus des fruits et émoluments à l'autre [1].

que du partage entre cohéritiers, est également applicable au partage entre tous autres copropriétaires. Delvincourt, II, p. 162 et 163. Duranton, VII, 522. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2393. Marcadé, sur l'art. 883, n° 2. Req. rej., 10 août 1824, Sir., 25, 1, 97. Req. rej., 28 avril 1840, Sir., 40, 1, 821. Grenoble, 28 août 1847, Sir., 48, 2, 469. Grenoble, 12 mars 1849, Sir., 49, 2, 385. Lyon, 14 février 1853, Sir., 53, 2, 381. Req. rej., 29 mars 1854, Sir., 56, 1, 49.

[26] Voy. pour le développement et la justification de ces propositions : § 625, texte n° 1 et notes 2 à 10. — Un acte qui ne fait cesser l'indivision qu'à l'égard de quelques-uns des communistes, tout en la laissant subsister à l'égard des autres, n'équivaut pas à partage quant à l'application de l'art. 883. Civ. cass., 10 janvier 1827, Sir., 27, 1, 142. Civ. cass., 24 août 1829, Sir., 29, 1, 421. Req. rej., 18 mars 1829, Sir., 30, 1, 339. Req. rej., 29 mars 1854, Sir., 56, 1, 49.

[27] Nous nous bornerons à renvoyer à cet égard aux explications que renferme le § 625, texte n° 1 et notes 11 à 24.

[28] Cpr. Paris, 21 mai 1813, Sir., 14, 2, 269 ; Bourges, 29 mai 1830, Sir., 30, 2, 297.

[1] Req. rej., 26 décembre 1833, Sir., 34, 1, 720. Req. rej., 13 février 1834, Sir., 34, 1, 205. Voy. cep. Demolombe, IX, 513 à 528. Notre savant collègue élève des doutes sur la justesse de cette doctrine, qui, selon lui, ne se concilierait pas avec l'art. 543, dont la disposition a pour objet de déterminer d'une manière limitative les droits réels que reconnaît notre législation nouvelle. Nous sommes parfaitement d'accord avec lui sur l'interprétation restrictive à donner

Cette division se rencontre en fait sous différentes formes. C'est ainsi que la propriété d'une forêt peut être divisée, quant à sa jouissance, entre plusieurs propriétaires, l'un ayant droit aux taillis ou aux arbres d'une certaine essence, et l'autre aux futaies ou au surplus des bois [2]. C'est ainsi encore qu'un terrain couvert tout à la fois de brandes ou de chaumes et de bois, peut appartenir, pour les brandes ou les chaumes, à l'un, et pour les bois, à l'autre [3].

Les rapports auxquels donne lieu un pareil concours de propriétaires, se distinguent essentiellement de ceux qui résultent, soit de la copropriété ordinaire, soit du droit de superficie. Dans la copropriété ordinaire, les droits des communistes se déterminent par quotes-parts idéales, et s'étendent, en proportion de ces quotes-parts, à tous les produits de la chose; tandis que, dans les hypothèses dont il est ici question, les droits des différents propriétaires sont déterminés par nature de produits, de façon que chacun d'eux est propriétaire exclusif des produits d'une certaine espèce. Quant au droit de superficie, il opère une division matérielle du fonds sur lequel il porte, en deux immeubles corporels distincts, à savoir le dessus ou la superficie, et le dessous ou le tréfonds; tandis que, dans les cas dont il s'agit au présent paragraphe, la division porte, non sur le fonds lui-même, mais sur ses produits.

Le concours de plusieurs propriétaires ayant droit chacun à tels ou tels produits d'un seul et même fonds, peut s'établir non-seulement par convention, mais encore par usucapion, c'est-à-dire par l'effet d'une possession que plusieurs personnes ont exercée, chacune à titre de maître exclusif, sur les différents produits du fonds [4].

Un tel concours constituant, malgré la jouissance divisée des

à l'article précité. Mais la proposition émise au texte n'y est nullement contraire : dans l'hypothèse à laquelle elle s'applique, il s'agit bien moins de savoir s'il dépend des particuliers de créer des droits réels qui ne rentreraient pas dans la catégorie de ceux que reconnaît l'art. 543, que de savoir si le concours de plusieurs propriétaires sur un seul et même fonds ne peut pas s'établir sous la forme particulière indiquée au texte. Or la question réduite à ces termes ne rentre en aucune manière dans la prévision et dans l'objet de l'art. 543.

[2] Cpr. Merlin, *Quest.*, v° Communaux (biens), § 7; Civ. cass., 30 mai 1843, Sir., 43, 1, 474; Chamb. réun. cass., 20 février 1851, Sir., 51, 1, 358.

[3] Req. rej., 26 décembre 1833, Sir., 34, 1, 720.

Merlin, *op.*, v° *et loc. citt.* Req. rej., 26 décembre 1833, Sir., 34, 1, 720.

différents propriétaires, une véritable indivision quant à la propriété du fonds lui-même, chacun d'eux est autorisé à en provoquer le partage ou la licitation, qui s'opérera dans la proportion de la valeur comparative des produits auxquels ils ont respectivement droit[5].

Du reste, dans l'hypothèse où plusieurs personnes sont appelées à recueillir séparément les divers produits d'un seul et même fonds, il peut quelquefois être difficile de caractériser la nature de leurs droits respectifs, et de reconnaître si elles sont toutes à considérer comme copropriétaires de ce fonds, ou si, au contraire, il ne compète à quelques-unes d'entre elles qu'un droit de superficie partiel, ou même qu'un simple droit d'usage. Pour résoudre cette difficulté, on doit avant tout recourir aux titres, s'il en existe; à défaut de titres, il faut remonter à l'origine de l'état de choses qu'il s'agit d'apprécier, ainsi qu'aux circonstances qui en ont accompagné l'établissement, et s'attacher au caractère intentionnel des faits de possession[6].

§ 221*ter*.

3. *De la copropriété avec indivision forcée.*

1° Lorsque la copropriété porte sur des choses affectées, comme accessoires indispensables, à l'usage commun de deux ou de plusieurs héritages appartenant à des propriétaires différents, la destination même de ces choses leur imprime un caractère d'indivision forcée, qui s'oppose à ce qu'on puisse en provoquer le partage[1]. C'est ce qui a lieu notamment pour les allées, ruelles, cours,

[5] Cpr. Demolombe (IX, 527 et 528) et l'arrêt de la Cour de Caen du 17 février 1837, cité par cet auteur.

[6] Voy. outre les arrêts cités à la note 1re : Colmar, 26 juin 1845, *Recueil des arrêts de cette Cour*, XLI, p. 292.

[1] L. 19, § 1, D. *com. div.* (10, 3). Req. rej., 10 décembre 1823, Sir., 24, 1, 239. La situation dont il est ici question, est ordinairemənt qualifiée de *servitude d'indivision*. Cpr. Pardessus, *Des servitudes*, I, 190 et suiv.; Duranton, V, 149; et l'arrêt ci-dessus cité. Mais cette qualification, inexacte en elle-même, puisque l'indivision forcée constitue bien moins une charge imposée à la chose indivise, qu'une simple restriction à la faculté d'en demander le partage, peut d'ailleurs conduire à des conséquences complétement erronées. Cpr. texte et note 4 *infra*. Il est vrai que l'usage de la chose commune est, dans l'hypothèse dont nous nous occupons, restreint à l'utilité que peuvent en retirer les héritages dans l'intérêt desquels elle a été laissée indivise. Mais ce n'est pas une raison pour dire que cet usage s'exerce à titre de servitude. Cpr. Demolombe, XI, 444 et 445.

fosses d'aisances, ou puits destinés au service de plusieurs maisons, et pour les avenues, sentiers, chemins [2], ou abreuvoirs affectés à l'exploitation de divers fonds ou domaines.

Il est toutefois à remarquer, en ce qui concerne les cours communes, que l'indivision n'en est forcée qu'autant que le partage qui en serait fait, ne laisserait pas à chacune des maisons au service desquelles elles sont affectées, une cour séparée suffisante pour son usage [3].

Les droits qui compètent à chacun des communistes, s'exercent, non à titre de servitude, mais à titre de copropriété [4], et sont même, à raison de l'indivision forcée, plus étendus que ceux qui découlent d'une copropriété ordinaire. Chacun des communistes peut user de la totalité de la chose commune et de ses diverses parties, comme d'une chose à lui appartenante, sous la condition toutefois de ne pas la faire servir à des usages autres que ceux auxquels elle est destinée, et de ne porter aucune atteinte au droit égal et réciproque de ses consorts [5].

La destination de la chose commune se détermine, à défaut de convention, par sa nature même et par l'usage auquel elle a été de fait affectée.

Ces principes conduisent, entre autres, aux applications suivantes :

Le copropriétaire d'une cour commune peut exhausser, comme bon lui semble, les bâtiments donnant sur cette cour, et y pratiquer toute espèce de portes ou de fenêtres [6]. Il est aussi autorisé

[2] Cpr. sur la différence à établir entre les simples servitudes de passage et les chemins communs servant à la desserte de plusieurs héritages : § 185, texte nº 3 et note 33.

[3] Duranton, V, 149. Pardessus, *op. cit.*, I, 191. Demolombe, XI, 444.

[4] Il résulte de là qu'on ne doit pas appliquer dans cette matière la disposition de l'art. 702, qui défend au propriétaire de l'héritage dominant de rien faire qui puisse aggraver la charge de la servitude. Req. rej., 10 novembre 1845, Sir., 46, 1, 487. Req. rej., 31 mars 1851, Sir., 51, 1, 404. On doit également conclure de la proposition énoncée au texte que la disposition du 3e al. de l'art. 701, qui permet au propriétaire de l'héritage servant de demander, le cas échéant, le changement de l'assiette de la servitude, est étrangère à notre matière. Req. rej., 17 novembre 1840, Sir., 41, 1, 150. Voy. aussi Civ. rej., 3 décembre 1824, Sir., 25, 1, 362. Cpr. cep. Lyon, 5 janvier 1849, Sir., 50, 2, 166.

[5] Demolombe, XI, 445. Caen, 24 août 1842, Sir., 43, 2, 78. Req. rej., 31 mars 1851, Sir., 51, 1, 404.

[6] Demolombe, XI, 446. Paris, 11 juin 1842, Sir., 42, 2, 259. Req. rej., 10 novembre 1845, Sir., 46, 1, 487. Angers, 26 mai 1847, Sir., 47, 2, 411. Voy. cep.

à déverser dans la cour commune les eaux pluviales de ses bâtiments, et même ses eaux ménagères[7], en tant que la disposition des lieux le permet[8].

La copropriété d'une ruelle séparant deux héritages donne à chacun des communistes la faculté de pratiquer des vues droites dans les bâtiments longeant cette ruelle, lorsqu'elle n'a pas reçu une destination spéciale et restreinte qui s'oppose à l'établissement de pareilles ouvertures, et à supposer, d'ailleurs, qu'elle ait tout au moins dix-neuf décimètres de large[9].

Que si la ruelle avait moins de dix-neuf décimètres de largeur, les communistes ne pourraient ouvrir des vues droites dans les bâtiments qui la bordent, qu'autant qu'il ressortirait des circonstances de la cause, et notamment de l'existence d'anciennes fenêtres, que l'établissement de pareilles ouvertures rentre dans la destination à laquelle la ruelle a été affectée[10].

Grenoble, 10 novembre 1862, *Journal des Cours de Grenoble et de Chambéry*, 1862, p. 35.

[7] Demolombe, *loc. cit.* Req. rej., 6 février 1822, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 1, 27. Req. rej., 5 décembre 1827, Dalloz, 1828, 1, 49. Grenoble, 10 novembre 1862, *op. et loc. citt.*

[8] Il en serait autrement si, la cour n'offrant pas d'écoulement pour les eaux, elles devaient y demeurer stagnantes. Caen, 23 avril 1847, Sir., 48, 2, 379.

[9] D'après une autre opinion qui, dans le principe, avait été consacrée par la Cour de cassation, le copropriétaire d'une ruelle ne pourrait y avoir des vues droites qu'autant qu'il laisserait, entre le bâtiment où elles sont pratiquées et le milieu de la ruelle, un espace de dix-neuf décimètres. Voy. Pardessus, *op. cit.*, I, 204, *in fine;* Duvergier, sur Toullier, III, 521, note *a;* Solon, *Des servitudes*, n° 292; Req. rej., 5 mai 1831, Sir., 33, 1, 836. Cette opinion doit être rejetée: elle part de l'idée qu'une ruelle, quoique affectée à l'usage commun des riverains, n'en appartient pas moins divisément pour moitié à chacun d'eux. Or cette idée est évidemment erronée, puisque le droit de copropriété porte, de sa nature même, sur toutes et chacune des parties de la chose commune, de sorte que le copropriétaire d'une ruelle qui y ouvre des vues, en se conformant à sa destination probable, ne fait qu'user de son droit de copropriété, et ne doit pas être considéré comme exerçant une servitude. Aussi la Cour de cassation n'a-t-elle point persisté dans sa jurisprudence. Voy. dans le sens de l'opinion émise au texte: Caen, 24 août 1842, Sir., 43, 2, 78; Req. rej., 31 mars 1851, Sir., 51, 1, 404; Bordeaux, 28 juillet 1858, Sir., 59, 2, 390.

[10] Notre sentiment sur ce point diffère de celui de M. Demolombe (XII, 565), qui reconnaît en principe aux communistes la faculté d'ouvrir des vues droites dans les bâtiments bordant la ruelle séparative de leurs héritages, alors même qu'elle n'a pas dix-neuf décimètres de large, et qui ne la leur refuse qu'autant qu'il serait établi, par les titres ou les circonstances, que l'exercice de cette faculté dépasse les limites de l'usage auquel la ruelle a été affectée. A notre avis, cette manière de voir intervertit le véritable état de la question, et notre savant col-

C'est également par l'usage auquel la ruelle a précédemment servi, que se résout la question de savoir si les communistes sont ou non autorisés à y déverser leurs eaux pluviales ou ménagères [11].

Du reste, les copropriétaires de la chose commune ne peuvent en user que pour les besoins des héritages dans l'intérêt desquels elle a été laissée indivise [12].

A défaut de convention contraire, chacun des copropriétaires doit supporter, dans la proportion de son intérêt, les charges de la chose commune [13], sauf à s'affranchir de cette obligation par l'abandon de son droit de copropriété [14].

2° L'art. 664 s'occupe spécialement de l'indivision forcée relative à l'hypothèse où les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires.

Chacun des ayants-droit étant, dans cette hypothèse, propriétaire exclusif de l'étage qui lui appartient, la copropriété ne porte pas sur la maison elle-même [15]. Elle s'applique nécessairement, et dans tous les cas, au sol sur lequel la maison est construite [16], ainsi qu'aux ouvrages qui, tels que les gros murs et le toit, sont indispensables à son existence et à sa conservation. Elle peut s'étendre également à certaines parties ou dépendances de la maison, laissées indivises pour servir à l'usage commun de tous les propriétaires, telles que la cave, le grenier, la cour, le puits, l'évier, et la fosse d'aisance [17].

Pour le règlement des charges incombant aux divers propriétaires, il faut distinguer celles qui sont communes à tous, et celles qui sont particulières à chacun.

Au nombre des charges communes, l'art. 664 place les frais de

lègue paraît n'avoir été amené à l'adopter que parce qu'il a placé sur la même ligne les cours et les ruelles communes, sans remarquer que si, de leur nature, les cours sont destinées à fournir l'air et le jour aux bâtiments qui les entourent, il en est autrement des simples ruelles, dont l'usage ordinaire est restreint, soit au passage, soit à l'écoulement des eaux. Voy. en ce sens : Nancy, 25 décembre 1816, Sir., 17, 2, 155; Montpellier, 14 novembre 1856, Sir., 57, 2, 81.

[11] Cpr. Req. rej., 31 mars 1851, Sir., 51, 1, 404 ; Bordeaux, 20 juillet 1858, Sir., 59, 2, 350.

[12] Demolombe, XI, 444. Bourges, 13 novembre 1838, Sir., 39, 2, 84.

[13] Demolombe, XI, 448. Cpr. Req. rej., 2 février 1825, Sir., 25, 2, 363.

[14] Arg. art. 556. Pardessus, *op. cit.*, I, 192, Demolombe, XI, 449.

[15] Toullier, III, 222. Duranton, V, 339. Marcadé, sur l'art. 664. Demolombe, XI, 425 *bis*.

[16] Req. rej., 22 août 1860, Sir., 61, 1, 81.

[17] Pardessus, *op. cit.*, I, 193. Demolombe, XI, 428. Civ. rej., 8 décembre 1824, Sir., 25, 1, 362. Cpr. Lyon, 5 février 1834, Sir., 34, 2, 224.

réparation ou de reconstruction du toit et des gros murs, auxquels on doit assimiler les digues et voûtes qui serviraient de soutènement à la totalité du bâtiment [18]. Les charges communes comprennent également celles qui sont relatives aux objets demeurés indivis pour servir à l'usage de tous les propriétaires, ainsi que l'impôt foncier, et celui des portes d'entrée servant à un usage commun [19].

Sauf convention contraire [20], chacun des propriétaires doit contribuer aux charges communes dans la proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient, valeur pour la fixation de laquelle il y a lieu de faire abstraction des embellissements particuliers que tel ou tel étage aurait reçus [21].

Quant aux charges particulières, et à défaut de règlement contraire dans les titres de propriété, l'art. 664 les répartit de la manière suivante : le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche. Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui mène chez lui, et ainsi de suite. Au nombre des charges particulières il faut aussi ranger l'impôt des fenêtres, qui doit être supporté séparément par chaque propriétaire pour les fenêtres qui se trouvent dans son étage [22].

Chacun des propriétaires peut faire dans son étage, et sur les parties qui en dépendent, tous les changements qu'il juge convenables, pourvu qu'ils ne nuisent pas à la solidité de la maison, et qu'ils ne causent aucun tort aux autres propriétaires [23]. Il peut même procéder à des innovations sur les parties communes de la maison, à charge de faire au préalable constater par experts que les travaux projetés n'occasionneront aucun dommage [24].

Quant à la question de savoir si le propriétaire de l'étage le plus

[18] Delvincourt, I, 385. Marcadé, sur l'art. 664. Demante, *Cours*, II, 519. Demolombe, XI, 427. — *Quid* des voûtes des caves ? Cpr. en sens divers : Duranton, V, 342 ; Pardessus, *op. cit.*, I, 193 ; Taulier, II, p. 389 ; Demolombe, *loc. cit.*

[19] Duranton, V, 346. Taulier, II, p. 396. Pardessus, I, 193. Demolombe, XI, 428 et 430.

[20] Cpr. Req. rej., 9 mars 1819, Sir., 19, 1, 303.

[21] Toullier, III, 223. Pardessus, *op. et loc. citt.* Demolombe, XI, 429.

[22] Duranton, V, 346. Taulier, II, p. 396. Demolombe, XI, 430.

[23] Demolombe, XI, 436. Civ. rej., 15 février 1843, Sir., 43, 1, 351.

[24] Arg. art. 662. Demolombe, XI, 439. Cpr. Grenoble, 12 août 1828, Sir., 30, 2, 34 ; Grenoble, 16 juin 1832, Sir., 33, 2, 208 ; Nîmes, 3 décembre 1839, Sir., 40, 2, 535; Req. rej., 17 novembre 1840, Sir., 41, 1, 150 ; Pau, 7 décembre 1861, Sir., 62, 2, 318.

élevé est ou non autorisé à ajouter de nouveaux étages, elle ne paraît pas susceptible d'être résolue en principe, et d'une manière uniforme. C'est ainsi que l'opposition uniquement formée par celui qui n'est propriétaire que du rez-de-chaussée, ne doit pas, ce semble, être un obstacle à l'exhaussement projeté, et que la solution contraire nous paraîtrait en général préférable, si l'opposition émanait du propriétaire d'un étage supérieur [25]. En tout cas, l'exhaussement ne devrait-il être permis qu'à charge de faire constater au préalable par experts qu'il n'en résultera aucun dommage pour les parties inférieures de la maison.

Lorsqu'une maison divisée par étages vient à être détruite par cas fortuit, ou que son état de vétusté rend sa reconstruction nécessaire, les différents propriétaires ne sont pas tenus de contribuer aux frais de cette reconstruction, et chacun d'eux est autorisé à demander la licitation du sol et des matériaux [26].

Si, par suite d'alignement, la maison était sujette à recul, l'indemnité pour le terrain réuni à la voie publique devrait se partager, entre les divers propriétaires, proportionnellement à la valeur des étages appartenant à chacun d'eux [27]. Dans le cas inverse, où l'administration délaisserait une portion de la voie publique contiguë à la maison, le droit de préemption sur le terrain délaissé appartiendrait, dans la même proportion, aux propriétaires des différents étages [28].

§ 222.

4. De la mitoyenneté [1].

Le droit de copropriété qui porte sur des murs, fossés, ou haies, servant de séparation entre deux héritages contigus, se désigne

[25] Cpr. en sens divers : Duvergier, sur Toullier, III, 225. note *a*; Demolombe, XI, 437; Grenoble, 27 novembre 1821, Sir., 28, 2, 479, à la note; Grenoble, 12 août 1828, Sir., 30, 2, 34; Grenoble, 15 juin 1832, Sir., 33, 2, 208; Paris, 17 mars 1838, Sir., 38, 2, 479; Nîmes, 4 février 1840, Sir., 40, 2, 505; Rouen, 22 mai 1840, Sir., 40, 2, 517; Grenoble, 10 novembre 1862, *Journal des Cours de Grenoble et de Chambéry*, 1862, p. 351. En citant l'arrêt de la Cour de Nîmes, nous n'entendons pas l'approuver dans la partie du dispositif qui a condamné le propriétaire du rez-de-chaussée à contribuer à la reconstruction du mur de face, devenue nécessaire pour l'exhaussement de la maison.

[26] Demolombe, XI, 440. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 347.

[27] Demolombe, XI, 441. Nîmes, 4 février 1840, Sir., 40, 2, 505.

[28] Req. rej., 22 août 1860, Sir., 61, 1, 81.

[1] Les dispositions du Code Napoléon sur cette matière ont été principalement puisées dans les art. 194 et suiv. de la coutume de Paris.

sous le nom spécial de *mitoyenneté*. La mitoyenneté constitue une véritable communauté [2], avec indivision forcée [3].

a. *Du mur mitoyen.*

1° Le mur mitoyen est celui qui, placé sur la ligne séparative de deux héritages, appartient en commun, avec le terrain sur lequel il se trouve assis, aux propriétaires de ces héritages. Un mur peut être mitoyen en tout ou en partie ; et, dans ce dernier cas, l'exclusion partielle de la mitoyenneté peut s'appliquer, non-seulement à l'étendue du mur en longueur, mais encore à sa dimension en hauteur.

L'art. 653 établit, en ce qui concerne les murs servant de séparation entre deux héritages contigus, des présomptions de mitoyenneté fondées sur cette idée, que le mur dont l'établissement présentait, eu égard à la nature de ces héritages, une certaine utilité pour l'un et pour l'autre, est à considérer comme ayant été construit aux frais communs des deux voisins, et pour moitié sur le terrain de chacun d'eux.

Aux termes de l'article précité, tout mur servant de séparation entre bâtiments est présumé mitoyen dans toute sa hauteur, lorsque les deux bâtiments présentent la même élévation, et au cas contraire, jusqu'à l'héberge seulement, c'est-à-dire jusqu'à la ligne formée par l'arête des constructions les moins hautes [4]. La partie qui dépasse la sommité de ces constructions est, sauf la preuve du contraire [5], réputée appartenir exclusivement au propriétaire du bâtiment le plus élevé. Il en est ainsi, même de la portion du mur qui s'élève au-dessus du toit de ce bâtiment [6].

[2] Suivant une ancienne doctrine, reproduite par quelques auteurs modernes, chacun des voisins serait propriétaire exclusif *pro diviso* de la moitié du mur attenant à son héritage. Cpr. Toullier, III, 183 ; Taulier, II, p. 378. Mais c'est là une idée que repoussent les art. 657 et 658, desquels il résulte que les deux voisins sont également copropriétaires *pro indiviso* de la totalité du mur. Demolombe, XI, 309.

[3] L'indivision forcée des clôtures mitoyennes se trouve virtuellement établie par l'art. 656, aux termes duquel l'abandon de la mitoyenneté est le seul moyen pour le copropriétaire d'un mur mitoyen de se dispenser de contribuer à la réparation ou à la reconstruction de ce mur. Cpr. texte, lett. *b* et *c*, notes 66 et 76 *infra*. Demolombe, XI, 310.

[4] Cpr. *Discussion au Conseil d'État*, sur l'art. 653 ; Demolombe, XI, 317 et 318.

[5] Cpr. Bordeaux, 1er février 1839, Dalloz, 1839, 2, 141; Req. rej., 9 mars 1840, Sir., 40, 1, 641.

[6] Delvincourt, I, p. 394. Pardessus, *Des servitudes*, I, 160. Duranton, I, 306. Demolombe, XI, 317.

En vertu du même article, tout mur servant de séparation entre cours et jardins, est présumé mitoyen; et ce, alors même que l'un des héritages se trouverait en état complet de clôture, tandis que l'autre ne serait pas entièrement clos [7].

La présomption de mitoyenneté établie pour les deux hypothèses qui viennent d'être indiquées, reçoit son application dans les campagnes aussi bien que dans les villes.

Enfin, l'art. 653 présume mitoyens les murs servant de séparation entre enclos dans les champs, c'est-à-dire entre des fonds qui se trouvent en état complet de clôture. Il en est ainsi, bien que l'un de ces fonds soit entièrement entouré de murs, et que l'autre se trouve fermé, sur un ou plusieurs côtés, par des clôtures d'une autre nature [8].

Les présomptions de mitoyenneté admises par l'art. 653 ne doivent pas être étendues à des murs de séparation qui ne seraient pas dans les conditions qu'indique cet article. C'est ainsi notamment qu'on ne saurait considérer comme mitoyens, ni le mur d'une maison attenant à une cour ou à un jardin [9], ni le mur servant de soutènement à une terrasse [10].

[7] Demolombe, XI, 327. Cpr. Pardessus, *op. cit.*, I, 159. Voy. en sens contraire: Marcadé, sur l'art. 653, nº 1. Voy. aussi Taulier, II, p. 379.

[8] Pardessus, *op. et loc. citt.* Demolombe, XI, 328 et 328 *bis*. Cpr. Taulier, *loc. cit.* Voy. cep. Toullier, III, 187.

[9] La loi, en effet, ne présume mitoyen que le *mur entre bâtiments*, et non le mur d'un bâtiment attenant à une cour ou à un jardin. Quelques auteurs enseignent cependant que, dans les lieux où la clôture est forcée, le mur d'un bâtiment contigu à une cour, ou à un jardin, doit être présumé mitoyen jusqu'à la hauteur fixée pour les murs de clôture. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, vº Mitoyenneté, § 1, nº 3 ; Delvincourt, I, p. 394 et 395 ; Toullier, III, 187 ; Pardessus, *op. et loc. citt.* ; Solon, *Des servitudes*, nº 135. Mais, pour réfuter l'opinion de ces auteurs, il suffira de faire remarquer qu'ils érigent en présomption légale une pure conjecture, dont l'exactitude en fait sera même très-souvent contestable, puisqu'il n'est pas probable que le propriétaire d'une cour ou d'un jardin, simplement obligé de concourir à la construction d'un mur de clôture, ait contribué aux frais de l'établissement d'un mur qui, dès son origine, était destiné à soutenir un bâtiment. Duranton, V, 303. Duvergier, sur Toullier, III, 187, note *a*. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 286. Marcadé, sur l'art. 653, nº 2. Carou, *Des actions possessoires*, nº 95. Taulier, II, p. 379. Demante, *Cours*, II, 507 *bis* II. Demolombe, XI, 323. Rennes, 9 juillet 1821, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 446. Pau, 18 août 1834, Sir., 35, 2, 298. Req. rej., 4 juin 1845, Sir., 45, 1, 824. Pau, 7 février 1862, Sir., 62, 2, 499.

[10] Merlin, *Rép.*, vº Mitoyenneté, § 1, nº 5. Pardessus, *Des servitudes*, I, 150 et 164. Solon, *Des servitudes*, nº 134. Orléans, 1er décembre 1848, Sir., 49, 2,

Pour résoudre la question de savoir s'il y a lieu, ou non, à l'application des présomptions de mitoyenneté qui viennent d'être indiquées, il ne faut pas s'attacher exclusivement à la disposition actuelle des localités, et il convient de tenir compte de leur état à l'époque de la construction du mur [11]. Le voisin qui se prétend propriétaire exclusif d'un mur, peut donc écarter la présomption de mitoyenneté résultant en apparence de la disposition actuelle des lieux, en prouvant, et ce même par témoins, que les conditions auxquelles cette présomption est subordonnée, n'existaient pas lors de la construction du mur, pourvu toutefois qu'il ne se soit pas encore écoulé trente années depuis l'établissement du nouvel état de choses [12]. C'est ce qui aurait lieu notamment dans le cas où, un bâtiment ayant été construit sur la limite extrême d'un terrain attenant à une cour ou à un jardin, le propriétaire de ce fonds y aurait lui-même ultérieurement élevé des constructions, en les appuyant sur les murs de ce bâtiment, ou en les y incorporant [13].

Les présomptions de mitoyenneté établies par l'art. 653 peuvent être combattues par la preuve littérale de la non-mitoyenneté, par l'existence de certains signes matériels constituant, d'après la loi, des marques de non-mitoyenneté, enfin, par la preuve

593. Bordeaux, 18 mai 1858, Sir., 59, 2, 177. Voy. cep, Demante, II, 507*bis* IV, et 517*bis* V et VI; Demolombe, XI, 330. Ces auteurs, tout en admettant la solution donnée au texte pour le cas où le mur qui soutient les terres de l'héritage supérieur, ne s'élève pas au-dessus du niveau de cet héritage, enseignent que, dans le cas contraire, le mur doit être présumé mitoyen, et ce, dans toute sa hauteur. Cette distinction nous paraît devoir être suivie, mais en tant seulement qu'il s'agit d'un mur assez élevé pour empêcher toute vue sur le fonds inférieur, et formant ainsi un véritable mur de clôture. Que si le mur ne s'élevait qu'à hauteur d'appui, il resterait un mur de terrasse, et devrait comme tel être présumé appartenir exclusivement au propriétaire du fonds supérieur.

[11] Cette proposition ne paraît pas contestable; elle découle comme corollaire de l'idée même sur laquelle sont fondées les présomptions de mitoyenneté établies par la loi.

[12] Cette preuve ne constitue point, ainsi qu'on pourrait le croire au premier abord, un moyen détourné de combattre l'exactitude de la prescription légale de mitoyenneté; elle tend seulement à établir que les conditions auxquelles cette présomption est subordonnée font défaut en fait. Une pareille preuve, toujours admise, même pour écarter l'application d'une véritable présomption *juris et de jure*, est à plus forte raison recevable dans l'hypothèse qui nous occupe. Cpr. § 750, texte, notes 4 et 13.

[13] Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 286, note 3. Demolombe, XI, 321. Bourges, 21 décembre 1836, Sir., 37, 2, 477.

de la possession exclusive pendant trente ans du mur présumé mitoyen [14].

Les titres invoqués pour combattre directement une présomption de mitoyenneté doivent être des actes communs aux deux parties ou à leurs auteurs, alors du moins que les conditions matérielles auxquelles se trouve subordonnée cette présomption, existaient déjà lors de la construction du mur [15]. Dans cette supposition, la preuve testimoniale ne pourrait être admise à défaut de preuve par écrit, quelle que fût l'importance du litige [16].

Les signes matériels indiqués par l'art. 654 sont les seuls qui

[14] Bien que l'art. 653 ne mentionne pas la prescription, il est en principe hors de doute que la propriété exclusive d'un mur mitoyen ne puisse être acquise, comme celle de toute autre chose commune, par une possession trentenaire réunissant les conditions exigées pour l'usucapion. Voy. aussi art. 670. Seulement faut-il que les faits de possession, invoqués à l'appui de la prescription, caractérisent d'une manière non équivoque une jouissance exercée à titre de propriétaire exclusif du mur, et ne soient pas susceptibles de s'expliquer comme étant le résultat, ou d'une pure tolérance de la part du voisin, ou de l'exercice d'une simple servitude; et nous reconnaissons que ces conditions, rigoureusement nécessaires, ne se rencontreront que difficilement en fait. Merlin, *Rép.*, v° Mitoyenneté, § 2, n° 8. Toullier, III, 188. Duranton, V, 313. Pardessus, *op. cit.*, I, 161. Demante, *Cours*, II, 507 *bis* V. Marcadé, *Revue critique*, 1851, II, p. 70. Demolombe, XI, 346. Pau, 18 août 1834, Sir., 35, 2, 298.

[15] Il est vrai que l'art. 653 se borne à dire que la présomption de mitoyenneté peut être combattue par un titre contraire, sans exiger expressément que le titre soit commun aux deux parties. Mais il est de principe qu'un titre ne peut être opposé qu'à celui dont il émane; et, dans l'hypothèse spécialement prévue au texte, il n'y a aucun motif pour s'écarter de ce principe. Cpr. Duranton, V, 308; Taulier, II, p. 380. Voy. cep. Demolombe, XI, 334 et 335; Civ. rej., 25 janvier 1859, Sir., 59, 1, 466. Dans l'espèce de cet arrêt, qui se rapproche de l'hypothèse dont il a été précédemment question (texte et notes 11 à 13 *supra*), si même elle n'y rentre pas complétement, l'existence des conditions auxquelles se trouve subordonnée la présomption de mitoyenneté n'était pas suffisamment établie, puisqu'il s'agissait d'un mur qui, dans le principe, longeait un terrain non clos. Nous comprenons que, dans ces circonstances, celle des parties qui se prétendait propriétaire exclusif du mur, ait pu invoquer son titre d'acquisition pour corroborer les inductions résultant de l'état matériel des lieux; et c'est aussi ce que nous avons fait ressortir dans la rédaction de notre proposition.

[16] Pardessus, *Des servitudes*, I, 161. Duranton, V, 308. Marcadé, sur l'art. 653, n° 2. Demolombe, XI, 333. Angers, 3 janvier 1850, Sir., 58, 2, 460. Voy. aussi Amiens, 29 juin 1842, Sir., 45, 2, 22. Cet arrêt a décidé avec raison que le voisin par le fait duquel a été démoli un mur séparatif, que l'autre voisin soutient avoir été mitoyen, n'est pas admis à prouver par témoins qu'il s'y trouvait des marques de non-mitoyenneté qui lui en attribuaient la propriété exclusive.

puissent être invoqués comme marques de non-mitoyenneté[17], à moins qu'il ne s'agisse de constructions élevées antérieurement à la promulgation du titre *des servitudes*[18]. Encore ces signes ne font-ils preuve de la non-mitoyenneté qu'autant qu'ils ont été placés lors de la construction du mur, ou que du moins ils existent depuis trente ans au vu et au su du voisin[19].

La possession exclusive que l'un des voisins aurait eue pendant an et jour d'un mur légalement présumé mitoyen, ne suffirait pas pour détruire la présomption de mitoyenneté, alors même que ce voisin aurait été maintenu au possessoire dans sa jouissance exclusive[20].

En cas de conflit entre un titre établissant la mitoyenneté et des marques de non-mitoyenneté, c'est le titre qui l'emporte, bien que ces marques existent depuis plus de trente ans, à supposer, d'ailleurs, que le voisin au profit duquel elles militent, ne soit pas en position de se prévaloir d'une interversion de possession opérée, soit par des actes matériels de jouissance exclusive, soit par une contradiction régulièrement signifiée à l'autre voisin[21].

L'existence de signes matériels d'une nature contraire aux marques de non-mitoyenneté, et que, par ce motif, on pourrait être porté à considérer comme indicatifs de mitoyenneté, ne suffirait pas à elle seule pour déclarer mitoyen un mur qui ne se-

[17] Qnoique l'art. 654 ne soit pas rédigé en termes restrictifs, le caractère limitatif de sa disposition résulte de son rapprochement avec l'article précédent, et de l'esprit général dans lequel ont été conçues les différentes règles relatives à la présomption de mitoyenneté. Voy. art. 666, 667 et 670. *Rapport au Tribunat*, par Albisson (Locré, *Lég.*, VIII, n° 11, p. 388). Pardessus, *op. cit.*, I, 162. Duranton, V, 310. Taulier, II, p. 387. Marcadé, sur l'art. 654, n° 2. Voy. en sens contraire : Demante, *Cours*, II, 508 *bis*; Demolombe, XI, 341.

[18] Chabot, *Questions transitoires*, v° Servitude. Toullier, III, 192. Duranton, V, 319. Taulier, II, p. 387. Demolombe, XI, 340. Req. rej., 18 juillet 1837, Sir., 38, 1, 325.

[19] Delvincourt, I, p. 396. Pardessus, *op. cit.*, I, 163. Duranton, V, 311. Taulier, II, p. 382. Marcadé, sur l'art. 654, n° 2. Demolombe, XI, 337 et 338.

[20] La présomption légale de mitoyenneté, équivalant à titre, est nécessairement plus forte que la présomption de propriété exclusive, attachée au simple fait de la possession. Toullier, III, 188. Coulon, *Quest. de droit*, II, p. 173. Taulier, II, p. 382. Solon, *Des servitudes*, n° 202. Marcadé, sur l'art. 670, n°s 2 et 3. Demante, II, 507 *bis* VI. Demolombe, XI, 349 à 351. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 314; Garnier, *Des actions possessoires*, p. 240.

[21] Delvincourt, I, p. 395. Duranton, V, 311. Marcadé, sur l'art. 654, n° 2. Demolombe, XI, 343. Voy. en sens contraire : Pardessus, *op. cit.*, I, 161; Taulier, II, p. 382.

rait pas à considérer comme tel en vertu d'une présomption légale de mitoyenneté. C'est ainsi, par exemple, qu'on ne devrait pas réputer mitoyen un mur de clôture attenant à un héritage non clos, par cela seul que le chaperon de ce mur présenterait un plan incliné des deux côtés [22].

2° Les copropriétaires d'un mur mitoyen sont tenus de contribuer, dans la proportion de leur droit, aux frais de réparation ou de reconstruction de ce mur. Art. 655.

Lorsque la nécessité de reconstruire un mur mitoyen est volontairement reconnue par les deux voisins, ou judiciairement déclarée, l'un d'eux ne peut, en général, contraindre l'autre qu'à la construction d'un mur à établir dans les conditions de l'ancien, c'est-à-dire dans les mêmes dimensions, et avec des matériaux de même nature [23].

Chacun des copropriétaires d'un mur mitoyen peut, en renonçant à la mitoyenneté, s'affranchir de l'obligation de contribuer aux frais d'entretien et de reconstruction de ce mur, pourvu qu'il ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartient, et que d'ailleurs ce ne soit pas par son fait que la réparation ou reconstruction en ait été rendue nécessaire [24]. Art. 656. Cette faculté d'abandon compète à chacun des voisins, même dans les lieux où la clôture est forcée en vertu de l'art. 663 [25].

L'abandon de la mitoyenneté par l'un des voisins a pour effet de conférer à l'autre la propriété exclusive du mur. Toutefois, si ce dernier, au lieu de l'entretenir ou de le reconstruire, le laissait tomber en ruine ou le démolissait, l'auteur de l'abandon serait, *propter causam non secutam*, autorisé à répéter la moitié du sol et des matériaux [26].

[22] Il est, en effet, à remarquer qu'à la différence de ce qui avait lieu dans notre ancien Droit, le Code Napoléon n'admet pas de marques de mitoyenneté, de nature à suppléer à la réunion des circonstances auxquelles il attache lui-même une présomption de mitoyenneté. Delvincourt, I, p. 396. Toullier, III, 190. Pardessus, *op. cit.*, I, 164. Duranton, V, 312. Demolombe, XI, 339. Cpr. Bordeaux, 22 février 1844, Sir., 44, 2, 457.

[23] Demolombe, XI, 395. Caen, 28 février 1857, Sir., 57, 2, 376.

[24] Delvincourt, I, p. 400. Toullier, III, 219. Duranton, V, 319. Pardessus, *op. cit.*, I, 166 et 168. Marcadé, sur les art. 655 et 656. Demante, *Cours*, II, 510 *bis* I. Demolombe, XI, 393.

[25] Voy. pour la justification de cette proposition : § 200, texte et note 5. Civ. cass., 3 décembre 1862, Sir., 63, 1, 33.

[26] Delvincourt, I, 401. Toullier, III, 220. Duranton, V, 320. Pardessus, *op. cit.*, I, 168. Marcadé, *loc. cit.* Demante, II, 510 *bis* I. Demolombe, XI, 391.

3° La mitoyenneté donne à chacun des copropriétaires le droit de se servir du mur mitoyen pour tous les usages auxquels il est destiné d'après sa nature. Elle confère même, sous ce rapport, des droits plus étendus qu'une communauté ordinaire, en ce que l'un des voisins peut, pour se servir du mur mitoyen, y opérer, sans le consentement de l'autre, certaines innovations; seulement doit-il, à défaut de ce consentement, faire au préalable régler par experts les mesures nécessaires, pour empêcher que les innovations projetées ne causent la dégradation du mur, ou n'en compromettent la solidité. Art. 662 [27].

En vertu de ce principe, chacun des copropriétaires est autorisé à adosser contre le mur mitoyen toutes espèces de plantations ou de constructions. A cet effet, il peut y faire placer des poutres ou solives dans toute son épaisseur, à cinquante-quatre millimètres près, sans préjudice du droit qu'a l'autre voisin de les faire réduire à l'ébauchoir jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait également asseoir des poutres au même endroit, ou y adosser une cheminée. Art. 657.

Chaque copropriétaire peut également pratiquer des enfoncements dans le mur mitoyen, pour y établir des armoires ou des niches [28], ou pour y encastrer des tuyaux de descente de fosses d'aisance [29], pourvu que ces innovations ne causent aucun préjudice au voisin. Art. 662.

Enfin, chacun des copropriétaires est même autorisé à exhausser le mur mitoyen, soit pour bâtir contre la partie exhaussée, soit pour tout autre motif dont il n'est pas tenu de rendre compte. Art. 658. La seule circonstance que l'exhaussement du mur mitoyen, sans offrir un intérêt sensible à celui des voisins qui veut y procéder, aurait pour résultat de priver l'autre d'avantages plus ou moins importants, n'autoriserait pas les tribunaux à renfermer dans certaines limites l'exercice de cette faculté, que la loi accorde

[27] La disposition de cet article est générale, et s'applique même aux travaux prévus et déterminés par les art. 657, 658 et 659. Delvincourt, I, 401. Toullier, III, 206. Pardessus, *op. cit.*, I, 178 et 181. Marcadé, sur l'art. 662. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 295. Taulier, II, p. 389. Demante, *Cours*, II, 506 *bis*. Demolombe, XI, 416. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 335.

[28] Taulier, II, p. 388. Demolombe, XI, 411.

[29] Demolombe, I, 412. Req. rej., 7 novembre 1849, Sir., 50, 1, 18. — *Quid* des cheminées ? Voy. en sens divers : Delvincourt, I, p. 401 ; Dijon, 18 août 1847, Sir., 48, 2, 137. — Cpr. aussi Poitiers, 28 décembre 1841, Sir., 42, 2, 465.

sans restriction [30]. Si toutefois l'un des voisins voulait, sans aucune utilité pour lui-même et par pur esprit de vexation ou de chicane, donner au mur mitoyen une élévation excessive, les tribunaux pourraient, par application de la règle *Malitiis non est indulgendum*, en restreindre la hauteur [31].

Le copropriétaire qui fait procéder à l'exhaussement d'un mur mitoyen, doit en supporter les frais. Il est de plus tenu d'indemniser le voisin du préjudice que lui causera la charge de l'exhaussement en nécessitant de plus fréquentes réparations [32], à moins cependant qu'au moyen de travaux confortatifs, il ne fasse entièrement disparaître les inconvénients de la surcharge [33]. Art. 658.

Lorsque le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui des voisins qui veut y faire procéder, doit reconstruire ce mur en entier à ses frais, et en prenant de son côté l'excédant d'épaisseur. Art. 659. Dans ce cas il ne doit aucune indemnité à raison de la surcharge [34].

Les frais à supporter par celui qui fait exhausser ou reconstruire le mur mitoyen, comprennent les frais d'expertise que ces opérations peuvent nécessiter, ainsi que ceux à faire pour étayer les bâtiments du voisin. On doit également assimiler à ces frais les dépenses nécessaires pour réparer et remettre dans leur ancien état les plantations ou constructions que ce dernier avait adossées au mur mitoyen, et qui se trouveraient dégradées par suite de son exhaussement ou de sa reconstruction [35].

[30] Paris, 8 juillet 1858, Sir., 59, 2, 180. Voy. cep. Metz, 12 juin 1807, Sir., 7, 2, 188.

[31] Toullier, III, 202 et 203. Duranton, V, 330. Pardessus, *op. cit.*, I, 173. Demolombe, XI, 398. Paris, 18 juin 1862, Sir., 62, 2, 500.

[32] Les expressions finales de l'art. 658, assez obscures en elles-mêmes, s'expliquent par l'art. 197 de la coutume de Paris, aux termes duquel l'indemnité dont s'agit était fixée au sixième de la valeur du surhaussement. Cpr. Ferrière, *Commentaire de la coutume de Paris*, sur l'art. 197; Pothier, *op. cit.*, nº 213. Le Code a remplacé cette fixation uniforme et à forfait par une évaluation variable, dont les résultats seront par cela même plus conformes à l'équité. Pardessus, *op. cit.*, I, 177. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 290. Taulier, II, p. 390. Demolombe, XI, 400.

[33] Demolombe, XI, 402. Cpr. Pardessus, *op. cit.*, I, 174; Demante, *Cours*, II, 514 *bis* II.

[34] Pardessus et Demante, *opp. et locc. citt.* Demolombe, XI, 404.

[35] Pothier, *op. cit.*, nº 213. Toullier, III, 208. Pardessus, *op. et loc. citt.* Duranton, V, 331. Solon, *op. cit.*, nº 155. Demolombe, XI, 405. — Mais le copropriétaire qui fait exhausser le mur mitoyen, n'a pas à supporter les frais nécessaires

Mais le voisin n'a aucun dédommagement à réclamer pour les embarras momentanés que lui a causés l'exécution des travaux, ni même à raison de la privation de jouissance que lui ou ses locataires ont eu à subir pendant leur confection [36]. Il en serait ainsi, bien que, cette privation de jouissance ayant duré plus de quarante jours, le voisin se trouvât exposé, de la part de ces derniers, à une action en réduction de loyer ou en résiliation de bail [37].

Celui des voisins qui a fait exhausser le mur mitoyen, devient propriétaire exclusif de la partie exhaussée, et peut exercer sur cette partie tous les droits qui compètent au propriétaire d'un mur non mitoyen. Il est notamment autorisé à y pratiquer, conformément aux art. 676 et 677, des jours à fer maillé et à verre dormant [38]. Mais aussi doit-il en supporter seul les réparations. Art. 658.

En cas de reconstruction du mur pour cause d'exhaussement, le nouveau mur, quoique reconstruit aux frais de l'un des copropriétaires, n'en devient pas moins mitoyen jusqu'à la hauteur de l'ancien, et ce dans toute son épaisseur, lors même qu'elle aurait été augmentée, sauf au voisin qui a fourni l'excédant de terrain nécessaire à cet effet, à reprendre cet excédant si le mur venait à être démoli [39].

Le voisin qui n'a pas contribué aux frais d'exhaussement, est toujours admis à acquérir la mitoyenneté de la partie exhaussée, en remboursant la moitié de ces frais, et, le cas échéant, la moitié de la valeur du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur. Art. 660.

Quelque étendus que soient les droits que confère la mitoyenneté, l'un des voisins ne peut cependant se permettre des innovations qui seraient de nature à porter atteinte au droit égal et réciproque de l'autre. C'est ainsi qu'il ne peut, sans le consentement

pour donner aux cheminées du voisin adossées à ce mur l'élévation que réclame le nouvel état des choses. Duranton, V, *loc. cit.* Demolombe, XI, 406. Bordeaux, 18 mai 1849, Sir., 50, 2, 183. Voy. en sens contraire : Pardessus, *op. et loc. citt.*; Limoges, 4 mai 1813, Sir., 14, 2, 88.

[36] *Neminem lædere videtur qui suo jure utitur.* Pardessus, *op. et loc. citt.* Duranton, V, 331. Demolombe, XI, 406. Paris, 4 mai 1813, Sir., 14, 2, 88. Voy. cep. Delvincourt, I, p, 402 ; Taulier, II, p. 391.

[37] Duranton et Demolombe, *locc. citt.* Paris, 19 juillet 1848, Sir., 48, 2, 463. Voy. cep. Pardessus, *loc. cit.* ; Toullier, III, 211.

[38] Merlin, *Rép.*, v° Vue, § 3, n° 8. Toullier, III, 527. Duranton, V, 333. Pardessus, *op. cit.*, I, 211. Demante, II, 513 *bis* III. Demolombe, XI, 408. Voy. en sens contraire : Douai, 17 février 1810, Sir., 13, 2, 29.

[39] Taulier, II, p. 391. Cpr. Demolombe, XI, 407. Voy. cep. Marcadé, sur l'art. 659, n° 1.

de ce dernier, ni diminuer la hauteur ou l'épaisseur du mur mitoyen [40], ni établir de son côté, et sur une partie seulement de l'épaisseur de ce mur, des constructions en maçonnerie ou en pan de bois [41]. Il ne peut pas davantage, sans le consentement du voisin, pratiquer dans le mur mitoyen des fenêtres ou ouvertures quelconques, même à verre dormant. Art. 675 [42].

Il est, du reste, bien entendu que, même en restant dans les limites naturelles des droits que confère la mitoyenneté, l'un des voisins ne peut rien faire qui soit de nature à porter atteinte aux servitudes établies au profit de l'autre [43].

4° Tout propriétaire d'un terrain joignant un mur non mitoyen a la faculté d'en acquérir la mitoyenneté, en tout ou en partie, en remboursant la moitié de la valeur du mur, ou de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, ainsi que la moitié de la valeur du sol sur lequel se trouve assis ce mur ou cette portion. Art. 661.

L'exercice de cette faculté est subordonné à la condition que le mur touche immédiatement le terrain de celui qui veut acquérir la mitoyenneté. Le propriétaire dont le mur se trouve en retrait de la ligne qui sépare son héritage de celui du voisin, est donc autorisé à refuser la cession de la mitoyenneté, quelque peu d'importance que présente, par sa valeur et son étendue, le terrain laissé libre entre le mur et la limite de son fonds [44].

[40] Demolombe, XI, 383 *bis* et 413.

[41] Demolombe, XI, 403. Bordeaux, 11 décembre 1844, Sir., 45, 2, 523. Bordeaux, 18 mai 1849, Sir., 50, 2, 183.

[42] La disposition de cet article est-elle encore applicable, lorsqu'une ville, ayant acquis l'une des maisons adossées au mur mitoyen, vient à la démolir pour l'élargissement ou le percement d'une rue ? Cette question doit se résoudre par une distinction entre le cas où le sol de la maison démoli a été en totalité incorporé au domaine public communal, et le cas où la partie de ce sol qui joint l'autre maison, est restée propriété privée de la ville. Civ. rej., 21 juillet 1862, Sir., 62, 1, 796 et 797. Cpr. Montpellier, 9 juin 1848, Sir., 48, 2, 679 ; Req. rej., 31 janvier 1849, Sir., 60, 2, 359, à la note ; Paris, 13 mai 1860, Sir., 60, 2, 359 et 362.

[43] Toulouse, 21 avril 1830, Sir., 31, 2, 329.

[44] La disposition de l'art. 661, dérogeant au principe protecteur de la propriété posé par l'art. 545, doit être interprétée d'une manière restrictive. En vain dit-on que le propriétaire, en élevant son mur à une faible distance de la ligne qui sépare son fonds de celui du voisin, dans la pensée de se soustraire à l'acquisition de la mitoyenneté, se rend ainsi coupable d'une fraude à la loi. Cette objection suppose qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public. Or cette supposition est inadmissible, puisqu'il est permis de renoncer à la faculté d'acquérir la mitoyenneté (cpr. texte et note 53 *infra*), et que, d'un autre côté, le propriétaire qui veut

La faculté d'acquérir la mitoyenneté ne peut être exercée, quant aux murs faisant partie d'édifices publics placés hors du commerce, tels qu'une église ou une prison, tant que ces édifices conservent leur destination [45]. D'un autre côté, elle ne s'applique pas aux simples clôtures en planches [46].

Les mots de l'art. 661 *ou en partie* se réfèrent à la hauteur aussi bien qu'à la longueur du mur. Mais ils ne doivent pas s'entendre de sa dimension en épaisseur, et l'on ne pourrait restreindre une demande en acquisition de la mitoyenneté à une portion seulement de l'épaisseur du mur [47]. Le voisin qui ne veut acquérir la mitoyenneté du mur que pour une portion de sa hauteur, est obligé d'en payer la valeur à partir des fondements [48].

Lorsque les parties ne sont pas d'accord sur la valeur de la mitoyenneté, elle doit être fixée par experts; et les frais de l'expertise amiable, dont les résultats ont été acceptés par les deux parties, restent à la charge de celle qui veut acquérir la mitoyenneté. Que si le propriétaire du mur, interpellé de nommer un expert, refusait de le faire, ou que les experts nommés ne s'entendissent pas, les frais de la contestation et de l'expertise judiciaire qu'elle nécessiterait, tomberaient à la charge, soit du propriétaire du mur, soit du voisin qui veut en acquérir la mitoyenneté, suivant que les

élever des constructions sur son terrain, n'est pas obligé d'acquérir la mitoyenneté du mur du voisin, et peut laisser entre ce mur et ses constructions tel espace de terrain qu'il juge convenable. Duranton, V, 324. Duvergier, sur Toullier, III, 193, note *a*. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 292. Demante, *Cours*, II, 515 *bis* V. Douai, 7 août 1845, Sir., 46, 2, 620. Civ. cass., 26 mars 1862, Sir., 62, 1, 473. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 397 ; Pardessus, *op. cit.*, I, 154 ; Marcadé, sur l'art. 661, n° 1 ; Taulier, II, p. 392 ; Solon, *op. cit.*, n° 141; Demolombe, X, 354 ; Bourges, 9 décembre 1837, Sir., 38, 2, 159 ; Caen, 27 janvier 1860, Sir., 61, 2, 63.

[45] Pardessus, *op. cit.*, I, 43. Demolombe, XI, 356. Toulouse, 13 mai 1831, Sir., 31, 2, 276. Civ. cass., 5 décembre 1838, Sir., 39, 1, 33. Req. rej., 16 juin 1856, Sir., 59, 1, 122. Cpr. § 171.

[46] Civ. cass., 15 décembre 1857, Sir., 58, 1, 271. — L'existence d'une clôture mitoyenne construite en planches ne priverait ni l'un ni l'autre des voisins du droit de construire, sur la limite extrême de son fonds, un mur destiné à devenir sa propriété exclusive; et celui qui voudrait user de cette faculté, pourrait demander à cet effet la suppression de la clôture en planches. Req. rej., 1er février 1860, Sir., 60, 1, 973.

[47] Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 292. Demante, *Cours*, II, 515 *bis* III. Demolombe, XI, 362. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 398 ; Marcadé, sur l'art. 661, n° 2.

[48] Duranton, V, 327. Pardessus, *op. cit.*, I, 156. Demolombe, XI, 363.

offres faites par ce dernier seraient ou non reconnues suffisantes [49].

La faculté d'acquérir la mitoyenneté est imprescriptible, comme toute autre faculté légale. Art. 2232. Elle est en outre absolue, en ce sens qu'on est admis à l'exercer sans être tenu de justifier d'aucun intérêt de nécessité ou d'utilité [50], et sans que le voisin puisse se refuser à la cession de la mitoyenneté par le motif qu'elle aurait pour résultat de gêner ou de rendre impossible l'usage auquel il a jusqu'alors fait servir le mur [51]. Il y a mieux : celui qui a fait l'abandon de la mitoyenneté pour se dispenser de contribuer à la réparation ou reconstruction du mur, est toujours en droit de la racheter [52].

Mais, la faculté d'acquérir la mitoyenneté n'ayant aucun caractère d'ordre public, il est permis d'y renoncer ; et le voisin qui a constitué sur son fonds une servitude incompatible avec l'exercice de cette faculté, est par cela même à considérer comme y ayant renoncé [53].

L'acquisition de la mitoyenneté a pour effet de placer les deux voisins sur un pied de parfaite égalité, et donne par conséquent à l'acquéreur la faculté de demander la suppression des ouvrages ou des ouvertures qui, établis ou pratiquées dans le mur devenu mitoyen, seraient incompatibles avec les droits que confère la mitoyenneté [54], à moins que l'ancien propriétaire exclusif de ce mur

[49] Pardessus, I, 158. Demolombe, XI, 366. Limoges, 12 avril 1820, Sir., 22, 2, 232. Riom, 11 juillet 1838, Sir., 39, 2, 417. Voy. cep. Toullier, III, 195 ; Favard, *Rép.*, v° Servitude, sect. II, n° 54 ; Duranton, V, 328. Suivant ces derniers auteurs, les frais de la contestation et de l'expertise judiciaire à laquelle elle a donné lieu, devraient rester à la charge du propriétaire du mur, si les offres du voisin qui veut en acquérir la mitoyenneté avaient été reconnues suffisantes, bien que ce dernier n'eût pas au préalable provoqué une expertise amiable.

[50] Merlin, *Rép.*, v° Vue, § 3, n° 8. Duranton, V, 325. Pardessus, *op. cit.*, I, 155. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 292. Marcadé, *Revue critique*, 1851, I, p. 70. Demolombe, XI, 359. Civ. rej., 1er décembre 1813, Sir., 14, 1, 95. Paris, 18 juin 1836, Sir., 36, 2, 403. Toulouse, 8 février 1844, Sir., 44, 2, 291. Civ. cass., 3 juin 1850, Sir., 50, 1, 585.

[51] Ainsi, le propriétaire du mur ne peut refuser d'en céder la mitoyenneté par la raison qu'il s'y trouve des jours dont la suppression pourrait être demandée après l'acquisition de la mitoyenneté. Demolombe, XI, 360.

[52] Toullier, III, 221. Duranton, V, 322. Demolombe, XI, 357.

[53] Demolombe, XI, 361. Orléans, 1er décembre 1848, Sir., 49, 2, 593. Cpr. Civ. cass., 29 février 1848, Sir., 48, 1, 440.

[54] Cette proposition se justifie par la considération que le maintien des ouvrages

ne soit fondé à en réclamer le maintien à titre de servitude acquise sur l'héritage voisin.

C'est ainsi que le voisin qui s'est rendu acquéreur de la mitoyenneté d'un mur, peut demander la suppression des jours de tolérance pratiqués dans ce mur [55]; et ce, dans le cas même où ils existeraient depuis plus de trente ans [56]. C'est ainsi encore qu'il est autorisé à réclamer la suppression d'une gouttière qui, établie sur le couronnement du mur, formerait obstacle à son exhaussement [57].

Mais le voisin qui a acquis la mitoyenneté ne peut, en se prévalant des droits qu'elle confère, porter atteinte aux servitudes dont son héritage se trouve grevé [58]. Il n'est pas admis notamment à réclamer la suppression des vues pratiquées, depuis plus de

et des ouvertures que le propriétaire exclusif d'un mur y établit, ou y pratique, même dans la limite de son droit, n'en reste pas moins subordonné à l'exercice possible, par le voisin, de la faculté d'acquérir la mitoyenneté de ce mur. Demolombe, XI, 369 à 372. Civ. rej., 1er juillet 1861, Sir., 62, 1, 81. Voy. en sens contraire, en ce qui concerne spécialement des cheminées établies dans l'épaisseur du mur avant l'acquisition de la mitoyenneté : Pardessus, *op. cit.*, I, 172; Poitiers, 28 décembre 1841, Sir., 42, 2, 464. Cpr. aussi Req. rej., 7 janvier 1845, Sir., 45, 1, 269.

[55] Merlin, *Rép.*, vo Vue, § 3, no 8. Delvincourt, I, p. 397 et 407. Duranton, V, 325. Pardessus, *op. cit.*, I, 211. Solon, *op. cit.*, no 142. Demante, *Cours*, II, 515 *bis* IV. Marcadé, sur les art. 675 à 677. Duvergier, sur Toullier, III, 527, note *a*. Demolombe, XI, 370. Toulouse, 28 décembre 1832, Sir., 33, 2, 632. Paris, 18 juin 1836, Sir., 36, 2, 403. Toulouse, 8 février 1844, Sir., 44, 2, 291. Civ. cass., 2 juin 1850, Sir., 50, 1, 585. Voy. en sens contraire : Toullier, III, 527.

[56] La prescription trentenaire est inefficace pour écarter l'action tendant à la suppression des jours, parce que, d'une part, cette suppression ne pouvait être demandée avant l'acquisition de la mitoyenneté, et que, d'autre part, la faculté d'acquérir la mitoyenneté est imprescriptible. Art. 2232. Duranton, *loc. cit.* Demolombe, XI, 371. Req. rej., 30 mai 1838, Sir., 38, 1, 818. C'est par inadvertance, sans doute, que Marcadé (sur l'art. 661, no 1) et MM. Du Caurroy, Bonnier et Roustain (II, 292, note 1) émettent sur ce point une opinion contraire, en appliquant à de simples jours de tolérance ce qui ne doit être admis que pour des servitudes de vues. — Quant à la question de savoir si des ouvertures pratiques en dehors des conditions exigées par les art. 676 et 677, sont à considérer comme de simples jours de tolérance sujets à suppression après l'acquisition de la mitoyenneté, ou comme constituant de véritables servitudes de vue auxquelles cette acquisition ne peut porter aucune atteinte, lorsqu'elles existent depuis trente années, voy. § 196, texte et notes 17 à 19. Cpr. aussi Angers, 20 août 1818, Sir., 19, 2, 277; Grenoble, 3 décembre 30, Sir., 31, 2, 91; Bourges, 6 mars 1847, Sir., 47, 2, 523; Bordeaux, 18 janvier 1850, Sir., 50, 2, 282.

[57] Civ. rej., 1er juillet 1861, Sir., 62, 1, 81.

[58] Civ. rej., 23 juillet 1850, Sir., 51, 1, 782.

trente ans, dans le mur devenu mitoyen. Il lui est même interdit de les obstruer en bâtissant contre ce mur; et il doit rester, pour les constructions qu'il voudrait établir, à la distance légale de dix-neuf ou de six décimètres [59] de la ligne qui passe par le milieu de son épaisseur [60].

b. *Du fossé mitoyen.*

Tout fossé qui sépare deux héritages, est présumé mitoyen [61]. Art. 666. Il en est ainsi, alors même que l'un de ces héritages se trouve en état complet de clôture, et que l'autre n'est clos que du côté où existe le fossé [62].

Cette présomption cède à la preuve contraire résultant, soit d'un titre, soit de la marque de non-mitoyenneté indiquée par les art. 667 et 668 [63], soit de la possession exclusive du fossé pendant trente années [64].

La marque de non-mitoyenneté attachée au rejet des terres d'un côté seulement du fossé, n'a plus aucune valeur, lorsqu'elle

[59] Duranton, V, 326. Demante, *Cours*, 515 *bis* IV. Demolombe, XI, 374. Bordeaux, 10 mai 1822, Sir., 22, 2, 266. Req. rej., 19 janvier 1825, Sir., 25, 2, 309. Montpellier, 28 décembre 1825, Sir., 26, 2, 230. Bordeaux, 8 mai 1828, Sir., 28, 2, 283. Paris, 3 juin 1836, Sir., 36, 2, 401. Req. rej., 21 juillet 1836, Sir., 36, 1, 529. Bordeaux, 27 juin 1845, Sir., 46, 2, 406.

[60] Cpr. § 196, texte, lett. *b* et note 23.

[61] S'il existait des bornes sur l'un des côtés du fossé, il ne pourrait être considéré comme séparant deux héritages, et il ne saurait y avoir lieu à l'application de la présomption établie par l'art. 666. Duranton, V, 349. Pardessus, *op. cit.*, I, 183. Demolombe, XI, 453. Req. rej., 20 mars 1828, Dalloz, 1828, 1, 186.

[62] Demolombe, XI, 451. Voy. cep. Limoges, 1er août 1839, Dalloz, 1841, 2, 21.

[63] Lorsque la terre provenant du creusement du fossé se trouve rejetée d'un côté seulement, le fossé est censé appartenir exclusivement à celui des voisins du côté duquel se trouve le rejet. Art. 668. Cpr. Req. rej., 22 juillet 1861, Sir., 61, 1, 823. — Cette marque de non-mitoyenneté est la seule qui doive être admise. Cpr. texte et note 17 *supra*. Duranton, V, 354 et 355. Pardessus, *op. cit.*, I, 183. Daviel, *Des cours d'eau*, II, p. 850. Voy. cep. Demolombe, XI, 458.

[64] Pardessus, *op. cit.*, I, 183. Duranton, V, 352. Duvergier, sur Toullier, III, 226, note *c*. Demolombe, XI, 457. — Cpr. sur les caractères de la possession requise en pareil cas : Duranton, V, 358 ; Angers, 6 mars 1835, Sir., 35, 2, 344 ; Caen, 5 novembre 1859, Sir., 60, 2, 204. — La possession exclusive d'un fossé pendant an et jour, même reconnue au possessoire, ne suffit pas pour faire disparaître la présomption légale de mitoyenneté. Cpr. texte et note 20 *supra*. Demante, *Cours*, II, 521 *bis*. Demolombe, XI, 456. Bourges, 26 mai 1825, Sir., 26, 2, 108. Douai, 15 février 1836, et Poitiers, 23 juin 1836, Sir., 37, 2, 116. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 356 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 301 ; Garnier, *Des actions possessoires*, p. 279.

est contredite par un titre ou par des bornes constatant la mitoyenneté du fossé [65].

Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs. Art. 669. Mais chacun des voisins est en général admis à se dégager de cette obligation d'entretien, en abandonnant son droit de mitoyenneté [66].

Cette faculté d'abandon ne s'applique pas aux fossés soumis à l'action de la police administrative [67]; elle ne peut, en aucun cas, être exercée par celui des voisins auquel le fossé sert pour l'écoulement de ses eaux pluviales ou ménagères [68].

Du reste, aucun des voisins n'est admis à demander le comblement du fossé et le partage du terrain sur lequel il se trouve établi [69].

c. *De la haie mitoyenne.*

Toute haie, vive ou sèche [70], servant de séparation entre deux héritages [71], est présumée mitoyenne, lorsque les héritages sont tous deux en état de clôture [72], ou qu'ils ne sont clos ni l'un ni l'autre [73]. Art. 670.

[65] Duranton, V, 351. Daviel, *Des cours d'eau*, II, 851. Marcadé, sur les art. 666 à 669. Demolombe, XI, 459.

[66] Duranton, V, 360. Pardessus, *op. cit.*, I, 184. Duvergier, sur Toullier, III, 227, note *a*. Solon, *op. cit.*, nº 192. Demolombe, XI, 461. Voy. en sens contraire: Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 303.

[67] Cpr. Loi du 14 floréal an XI. Pardessus, *op. cit.*, I, 182 et 184. Demolombe, *loc. cit.*

[68] Arg. art. 656. Cpr. Duranton et Demolombe, *locc. citt.*

[69] La mitoyenneté d'un fossé constitue, aussi bien que celle d'un mur, une indivision forcée, qu'on ne peut faire cesser que par l'abandon de son droit de mitoyenneté. Pardessus, *op. cit.*, I, 185. Duvergier, sur Toullier, III, 227, note *a*. Demante, *Cours*, II, 523 *bis*. Demolombe, XI, 463. Angers, 1er juin 1836, Sir., 36, 2, 386. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 361 ; Daviel, *op. cit.*, II, 857 ; Zachariæ, § 239, note 23.

[70] L'art. 670 ne distingue pas, et l'absence de toute distinction dans cet article entre les haies vives et les haies sèches est d'autant plus concluante, que l'article suivant contient une disposition exclusivement applicable aux haies vives. Duranton, V, 365. Marcadé, sur l'art. 670, nº 1. Demolombe, XI, 469. Voy. en sens contraire : Pardessus, *op. cit.*, I, 187 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 304.

[71] S'il existait des bornes au delà de la haie, il n'y aurait pas lieu à l'application de la présomption de mitoyenneté établie par l'art. 670, puisque la haie ne serait plus séparative.

[72] Pour vérifier l'existence de cette condition, il ne faut pas s'arrêter exclusivement à l'état actuel des lieux, mais se reporter à leur disposition primitive. Cpr. texte, notes 11 à 13 *supra*. Demolombe, XI, 471. Caen, 1er juillet 1857, Sir., 59, 2, 496.

[73] C'est en ce sens que doivent être entendues les expressions de l'art. 670,

Cette présomption peut être combattue, soit par un titre contraire, soit par la preuve d'une possession exclusive de la haie pendant trente ans. Art. 670. La simple possession annale, même reconnue au possessoire, serait insuffisante à cet effet [74].

L'entretien de la haie est à la charge commune des copropriétaires, qui, d'un autre côté, sont également appelés à en partager les produits [75].

Chacun des voisins est autorisé à se décharger des frais d'entretien, en abandonnant son droit de mitoyenneté [76]. Mais aucun d'eux ne pourrait exiger la suppression de la haie et le partage du terrain qu'elle occupe [77].

Les arbres plantés dans la haie mitoyenne sont présumés mitoyens, comme la haie elle-même, et sous les mêmes restrictions [78]. Les produits ou émoluments s'en partagent par égale portion entre les copropriétaires, alors même que le tronc de ces arbres ne se trouverait pas précisément placé au milieu de la haie, et que leurs branches inclineraient d'un côté plus que de l'autre [79]. Mais cha-

« *à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture* ». Demolombe, XI, 471.

[74] L'art. 670, en disant que toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, *s'il n'y a titre ou possession suffisante au contraire*, et en plaçant ainsi sur la même ligne la possession et le titre, n'a évidemment voulu parler que d'une possession équivalente à titre, c'est-à-dire d'une possession trentenaire, qui seule est suffisante pour écarter la présomption de mitoyenneté. Cpr. texte, notes 20 et 64 *supra*. Delvincourt, I, p. 557. Duvergier, sur Toullier, III, 229, note *a*. Marcadé, sur l'art. 670, n° 3. Demante, *Cours*, II, 524 *bis*. Demolombe, XI, 475. Angers, 7 juillet 1830, Sir., 31, 2, 104. Bourges, 31 mars 1832, Sir., 32, 2, 496. Civ. cass., 13 décembre 1836, Sir., 37, 1, 215. Bourges, 31 mai 1837, Sir., 37, 2, 265. Req. rej., 17 janvier 1838, Sir., 38, 1, 123. Cpr. Req. rej., 8 vendémiaire an XIV, Sir., 6, 1, 75. Cet arrêt, qui se borne à décider que la complainte est admissible pour trouble apporté à la possession exclusive d'une haie, n'est point en opposition avec notre manière de voir. Voy. en sens contraire : Toullier, III, 229 ; Duranton, V, 370 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 305 ; Bordeaux, 5 mai 1858, Sir., 58, 2, 490.

[75] Demolombe, XI, 477.

[76] Arg. art. 656. Pardessus, *op. cit.*, I, 187. Demolombe, XI, 478.

[77] Duranton, V, 381. Pardessus, *op. et loc. citt.* Demolombe, XI, 479. Voy. cep. Req. rej., 22 avril 1829, Sir., 29, 1, 334.

[78] C'est-à-dire, à moins que le contraire ne résulte d'une preuve littérale, ou d'une possession exclusive pendant trente années. Cpr. Duvergier, sur Toullier, III, 233, note 1 ; Solon, *op. cit.*, n° 204 ; Demolombe, XI, 482.

[79] Pardessus, *op. cit.*, I, 189. Duvergier, sur Toullier, *loc. cit.* Marcadé, sur l'art. 673. Taulier, II, p. 406. Demolombe, XI, 483. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 376 et 379.

cun des voisins peut toujours exiger que ces arbres soient abattus, et réclamer la moitié du bois en provenant. Art. 673.

Du reste, la disposition de l'art. 661, relative à la cession forcée de la mitoyenneté des murs séparatifs, ne peut être étendue, ni aux fossés, ni aux haies [80].

B. *De la propriété restreinte à certaines parties matériellement déterminées d'un immeuble corporel.*

§ 223.

Les cas divers de propriété partielle ou restreinte, qui feront l'objet du présent paragraphe, forment tous des exceptions à la règle, consacrée par l'art. 552, que la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous.

1° *De la propriété de constructions établies sous le sol d'autrui, et de la propriété restreinte à certaines parties d'un bâtiment.*

Aux termes de l'art. 553, on peut acquérir par prescription, et à plus forte raison par convention ou par disposition, la propriété d'une cave ou de toute autre construction établie sous le sol d'autrui.

Il résulte également du même article, que le propriétaire d'une maison peut, soit en étendant ses constructions sur le bâtiment du voisin, soit en isolant de ce bâtiment des pièces qui en faisaient partie et en les réunissant à sa maison, acquérir par les mêmes moyens la propriété de ces constructions ou de ces pièces [1].

La propriété d'une cave établie sous le sol d'autrui n'emporte pas la propriété du tréfonds situé au-dessous de cette cave, et n'autorise pas celui auquel elle appartient à la creuser plus profondément, à moins que ce droit ne résulte ponr lui d'une convention ou disposition.

La propriété de constructions élevées sur le bâtiment d'autrui emporte la propriété de l'espace aérien qui se trouve au-dessus

[80] Duranton, V, 363 et 385. Taulier, II, p. 398. Solon, *op. cit.*, n° 206. Demolombe, XI, 450 et 468.

[1] Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle d'une maison divisée par étages entre divers propriétaires, que nous avons examinée au § 221*ter*. Elle en diffère essentiellement, en ce qu'elle ne suppose pas, comme cette dernière, l'existence d'une communauté relative au sol, aux gros murs et au toit. Cpr. Civ. cass., 30 novembre 1853, Sir., 54, 1, 679.

de ces constructions, et donne ainsi à celui qui en est propriétaire la faculté de les exhausser, lorsque, d'ailleurs, elle ne lui est pas interdite par le titre en vertu duquel il les a établies, et que l'exhaussement n'est pas de nature à causer dommage au bâtiment inférieur [2].

Si l'on peut acquérir par prescription la propriété de constructions établies sous le sol d'autrui, il n'en résulte pas qu'on puisse, indépendamment de toute inédification ou incorporation, acquérir par ce moyen le tréfonds comme tel. C'est ainsi que l'exploitation souterraine d'une carrière, quelque laps de temps qu'elle ait duré, n'en confère pas la propriété au tiers qui l'a exploitée [3].

Du reste, on peut, à l'aide d'inédification ou d'incorporation, acquérir non-seulement la propriété exclusive, mais encore la copropriété, soit d'ouvrages établis sous le sol d'un voisin, par exemple de fosses d'aisance [4], soit de certaines parties de son bâtiment ou de son fonds [5].

2° *Du droit de superficie.*

a. Le droit de superficie est un droit de propriété [6] portant sur les constructions, arbres, ou plantes, adhérant à la surface d'un fonds (*édifices et superfices*), dont le dessous (*tréfonds*) appartient à un autre propriétaire [7].

[2] Il n'y a aucune contradiction entre cette proposition et la précédente. La construction d'une cave sous le sol d'autrui n'enlève pas au propriétaire du sol la possibilité de faire usage du tréfonds, dont il conserve la propriété en vertu de la règle posée par le premier alinéa de l'art. 552, règle qui ne se trouve écartée que pour l'emplacement occupé par la cave, tandis que l'espace aérien qui se trouve au-dessus de constructions établies sur le bâtiment d'autrui, est enlevé d'une manière absolue à l'usage et à la disposition du propriétaire de ce bâtiment. Dans ce dernier cas, la position du constructeur se rapproche de celle du propriétaire superficiaire, avec cette différencc cependant que, ses constructions ne reposant pas directement sur le sol, il ne peut rien faire de nature à nuire au bâtiment qui leur sert d'appui.

[3] Cpr. Civ. rej., 1er février 1832, Sir., 32, 1, 463.

[4] Req. rej., 22 octobre 1811, Sir., 11, 1, 369.

[5] Colmar, 25 février 1840, *Journal de la Cour de Colmar*, 1840, p. 51.

[6] D'après la législation romaine, qui n'avait pas apporté au principe de l'accession une exception semblable à celle qu'admet l'art. 553, le droit de superficie ne constituait pas un droit de propriété, mais un simple droit réel sur la chose d'autrui. L. 10, D. *fam. ercisc.* (10, 2). L. 1, §§ 4 et 6, D. *de superf.* (43, 18).

[7] Cpr. Demolombe, XI, 483 *ter* et *quater*; Flandin, *De la transcription*, I, 362 à 365.

Le droit de superficie est intégral ou partiel, suivant qu'il s'applique à tous les objets qui se trouvent à la surface du sol, ou qu'il est restreint à quelques-uns d'entre eux, par exemple, soit aux constructions, soit aux plantes et aux arbres, ou même seulement à certains arbres [8].

Le droit de superficie constitue une véritable propriété corporelle, immobilière. Il est, en principe, perpétuel comme tout autre droit de propriété, ce qui n'empêche pas qu'il ne puisse être concédé d'une manière révocable, ou pour un temps seulement.

Le droit de superficie peut s'établir par convention ou disposition, et le cas échéant, quoique plus rarement, par prescription.

Le propriétaire du tréfonds conserve la jouissance de tous les droits et l'exercice de toutes les facultés qui appartiennent au propriétaire d'un fonds; comme maître du dessous, à charge cependant de ne causer aucun dommage aux édifices et superfices. Il a droit à la moitié du trésor que la loi attribue au propriétaire du fonds dans lequel il a été découvert, ainsi qu'à la redevance due par le concessionnaire d'une mine existant dans son fonds, peu importe que la mine fût, ou non, déjà en exploitation lors de la constitution du droit de superficie [9]. Il est autorisé à exploiter souterrainement les tourbières et carrières qui se trouvent dans le fonds, pourvu que cette exploitation ne nuise pas à la superficie.

Lorsque le droit de superficie est intégral, le propriétaire superficiaire jouit de tous les droits, et peut exercer toutes les facultés qui appartiennent au propriétaire d'un fonds sur le dessus de ce fonds. Il peut donc en changer la culture ou le mode d'exploitation, construire de nouveaux bâtiments, et même démolir ceux qui existaient lors de la constitution du droit de superficie, à moins cependant que ce droit n'ait été établi que d'une manière révocable [10].

[8] Cpr. Loi des 26 juillet-15 août 1790; Loi des 13-20 avril 1791, tit. I, art. 12 et 13; Loi des 7 juin-6 août 1791, art. 7 et 8; Loi du 9 ventôse an XIII; § 185, texte nº 1, notes 13 et 14; Civ. cass., 18 mai 1858, Sir., 58, 1, 661.

[9] Voy. cep. Proudhon, *De l'usufruit*, VIII, 3732. Cet auteur paraît admettre, par application de l'art. 598, et à raison de l'analogie qui existerait, selon lui, entre la position du superficiaire et celle de l'usufruitier, que la redevance due par le concessionnaire de la mine doit revenir au superficiaire, lorsque la mine était déjà en exploitation au moment de la constitution du droit de superficie. Mais l'assimilation qu'il prétend établir n'est aucunement exacte, et nous ne voyons pas à quel titre le superficiaire, dont le droit s'arrête à la surface, pourrait réclamer un émolument attaché à la propriété du tréfonds.

[10] Cpr. Proudhon, *op. cit.*, VIII, 3724 à 3730.

Si le droit de superficie n'est que partiel, le propriétaire superficiaire n'en jouit pas moins, en ce qui concerne les objets sur lesquels il porte, de toutes les facultés inhérentes à la propriété.

Le concours d'un droit de superficie avec la propriété du tréfonds ne constituant pas un état d'indivision, aucun des intéressés n'est admis à provoquer le partage ou la licitation de l'immeuble sur lequel portent ces deux droits de propriété distincts[11].

b. Le droit du fermier ou locataire sur les constructions qu'il a élevées en vertu d'une clause du bail, constitue, bien que limité à la durée de la location, un droit réel immobilier de superficie, lorsqu'il résulte des conventions arrêtées entre les parties, que le propriétaire a renoncé au bénéfice de l'accession, par dérogation à la règle *Superficies solo cedit*[12].

Une pareille renonciation peut, même en l'absence de déclaration expresse, s'induire de l'ensemble des conditions du bail, notamment de la stipulation que les constructions resteront affectées hypothécairement pour sûreté du paiement des loyers ou fermages, et de la clause qui conférerait au fermier ou locataire, soit d'une manière absolue, soit pour le cas où les parties ne s'accorderaient pas sur le prix à payer par le propriétaire du sol, le droit d'enlever ses constructions en fin de bail. L'induction à tirer de pareilles conventions acquerrait plus de force encore, si la location avait été consentie pour un temps excédant la durée ordinaire

[11] C'est ce qui a été jugé spécialement quant aux étangs dont il sera question ci-après. Lyon, 7 août 1844, Sir., 45, 2, 419. Cpr. 31 janvier 1838, Sir., 38, 1, 120. Cet arrêt n'est pas, comme M. Demolombe (IX, 528) semble le penser, contraire à l'opinion émise au texte. Dans l'espèce sur laquelle il a statué, le propriétaire de l'évolage l'était aussi d'une partie de l'assec, de telle sorte qu'il n'y avait pas là seulement concours d'un droit de superficie avec la propriété du fonds, mais encore une communauté portant sur le fonds lui-même. Voy. du reste texte, lett. *d*, et note 20 *infra*.

[12] La validité d'une pareille renonciation ne saurait être contestée en présence des art. 553 à 555, de la disposition desquels il ressort que la règle *Superficies solo cedit*, consacrée par les art. 546 et 552, n'est pas d'ordre public, et peut être écartée, soit par la prescription, soit, à plus forte raison, par une convention contraire. Cela posé, il est évident que le bailleur qui a renoncé au bénéfice de l'accession, n'a plus aucun titre pour se dire propriétaire des constructions élevées par le preneur, et que, par suite, c'est nécessairement sur la tête de ce dernier que repose la propriété de ces constructions, qui ne peuvent pas être sans maître, et qui constituent en elles-mêmes, aux termes de l'art. 518, des immeubles par nature. Cpr. Mourlon, *De la transcription*, I, 13; Ducruet, *Études sur la transcription*, n° 6; Flandin, *De la transcription*, I, 32. Voy. cep. Dubois, *Revue pratique*, 1862, XIV, p. 185, n° 8.

des baux, ou s'il s'agissait d'un terrain qui, destiné par sa nature et sa situation à être surbâti, aurait été loué dans ce but [13].

Si, au contraire, rien n'indique que le propriétaire du sol ait entendu renoncer au bénéfice de l'accession, le droit du fermier ou locataire sur les constructions qu'il a fait élever, n'est qu'un droit personnel et mobilier de jouissance, comme celui qui lui appartient sur le fonds même [14]. C'est ce qui aurait nécessairement lieu, s'il avait été stipulé que les constructions faites par le preneur resteraient au bailleur, soit sans indemnité, soit moyennant une indemnité à régler par experts [15].

c. Le bail à convenant ou à domaine congéable, usité de temps immémorial en Bretagne, et maintenu par la loi des 7 juin-6 août 1791, présente une forme particulière du droit de superficie [16]. Les traits généraux et distinctifs de cette convention se résument dans les points suivants [17] :

La propriété du fonds est retenue par le bailleur, qui, pour

[13] Cpr. L. 1, § 3, D. *de superficiebus* (43, 18) ; L. 1, D. *qui pot. in pig.* (20, 4). Douai, 19 juillet 1844, Sir., 44, 2, 554. Rouen, 20 août 1859, Sir., 59, 2, 647. Civ. rej., 7 avril 1862, Sir., 62, 1, 459.

[14] Cpr. § 164, texte nº 1, et notes 7 à 12.

[15] Cpr. Besançon, 22 mai 1845, Sir., 47, 2, 273 ; Req. rej., 14 février 1849, Sir., 49, 1, 261 ; Civ. rej., 2 juillet 1851, Sir., 51, 1, 535 ; Civ. cass., 8 juillet 1851, Sir., 51, 1, 682 ; Req. rej., 1er août 1859, Sir., 60, 1, 67.

[16] Par une fausse assimilation de la tenure convenancière aux baux emportant pour les preneurs un droit perpétuel de jouissance, la loi des 27 août-7 septembre 1792 avait, en déclarant les ci-devant domaniers ou colons propriétaires incommutables du sol, comme des édifices et superfices, et en leur accordant la faculté de racheter la rente convenancière, transformé le domaine congéable en une propriété portant sur l'ensemble du fonds. Mais cette loi fut rapportée par celle du 9 brumaire an VI, qui remit en vigueur la loi des 7 juin-6 août 1791, sans toutefois porter atteinte aux rachats opérés dans l'intervalle, et aux droits de pleine propriété consolidés sur la tête des domaniers par l'effet de ces rachats. Merlin, *Rép.*, vº Convenant. Duvergier, *Du louage*, I, 217. Demolombe, IX, 503. Civ. cass., 16 juillet 1828, Sir., 28, 1, 289. Civ. cass., 18 novembre 1846, Sir., 47, 1, 97. Civ. cass., 3 mai 1848, Sir., 48, 1, 713. Angers, 7 juillet 1847 et 23 août 1848, Sir., 49, 2, 365. Civ. cass., 24 janvier 1849, Sir., 49, 1, 112. Civ. cass., 1er juin 1853, Sir., 53, 1, 630. Civ. cass., 5 juillet 1853, Sir., 53, 1, 625.

[17] Cpr. Merlin, *Rép.*, vis Bail à domaine congéable, Baillée, Congément et Rente convenancière ; Toullier, III, 103 et 104 ; Proudhon, *op. cit.*, VIII, 3723 ; Demolombe, IX, 501 à 504 ; Aulanier, *Traité du domaine congéable*, Paris 1848, 1 vol. in-8º ; Derome, *De l'usement de Rohan ou du domaine congéable*, *Revue critique*, 1862, XXI, p. 229 ; Civ. cass., 28 février 1832, Sir., 32, 1, 264 ; Civ. rej., 11 novembre 1833, Sir., 33, 1, 834 ; Civ. rej., 5 mai 1834, Sir., 34, 1, 343 ; Civ. rej., 8 avril 1845, Sir., 45, 1, 497.

cette raison, est appelé *propriétaire foncier ;* et la jouissance en est abandonnée au preneur ou colon, contre paiement d'une redevance annuelle, désignée sous la dénomination de *rente convenancière.*

La propriété des édifices et superfices est transférée, à titre de vente, au preneur ou colon, que; par ce motif, on nomme aussi *domanier.*

Enfin, le propriétaire foncier conserve la faculté perpétuelle et imprescriptible de congédier le domanier, et de rentrer dans la propriété des édifices et superfices, en lui en remboursant la valeur à dire d'experts, remboursement que ce dernier est, de son côté, autorisé à réclamer, en provoquant le congément [18]. Toutefois, il est permis au propriétaire foncier et au domanier de renoncer respectivement, l'un, à la faculté d'exercer le congément, l'autre, à celle de le provoquer [19].

d. Les usages de la Bresse offrent encore une espèce remarquable de droit de superficie, quant aux étangs qui sont alternativement remplis d'eau et empoissonnés pendant deux années, puis ensuite mis à sec et cultivés la troisième. La jurisprudence ancienne et moderne et la loi du 21 juillet 1856 ont également reconnu que l'*évolage*, c'est-à-dire l'étang mis en eau, peut constituer une propriété matériellement distincte de l'*assec*, c'est-à-dire du sol de l'étang. Toutefois, pour favoriser le desséchement des étangs insalubres, la loi précitée a, par dérogation au principe précédemment établi, autorisé les divers intéressés à provoquer la licitation des étangs dont l'évolage et l'assec n'appartiennent pas au même propriétaire, et leur a même imposé l'obligation d'y procéder dans le cas où, le desséchement ayant été ordonné en exécution de la loi des 11-19 septembre 1792, ils ne veulent pas se soumettre aux conditions prescrites pour l'opérer [20].

3° *Des mines* [21].

La concession d'une mine régulièrement faite par le gouvernement a pour effet d'en séparer la propriété de celle de la surface,

[18] La faculté de provoquer le congément a été formellement reconnue aux domaniers par l'art. 11 de la loi des 7 juin-6 août 1791. Mais il paraît qu'anciennement cette faculté ne leur appartenait pas.

[19] Troplong, *Du louage*, I, 61. Duvergier, *Du louage*, I, 230. Civ. rej., 25 novembre 1829, Sir., 30, 1, 14. Req. rej., 5 mars 1851, Sir., 51, 1, 250.

[20] Cpr. note 11 *supra ;* Décret du 28 octobre 1857, portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 21 juillet 1856, sur la licitation des étangs dans le département de l'Ain; Lyon, 18 février 1844, Sir., 44, 2, 641.

[21] Cpr. sur cette matière les actes des pouvoirs législatif et exécutif, et les ou-

et d'en former un nouvel immeuble corporel, distinct du surplus du fonds. Il en est ainsi, alors même que la concession a eu lieu au profit du propriétaire de la surface. Loi du 21 avril 1810, art. 5 à 8 et 19.

Jusqu'à la concession de la mine, la propriété en reste unie à celle du sol; et le tiers qui l'exploiterait sans concession préalable, serait passible de dommages-intérêts envers le propriétaire du fonds dans lequel elle se trouve [22].

La concession d'une mine, consentie au profit d'un tiers, constitue une sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique, dont l'effet est d'anéantir tous les droits réels qui, avant la concession, appartenaient au maître du sol, ou à ses créanciers hypothécaires, sur la mine considérée comme accessoire du fonds. Le droit de propriété du maître du sol est converti en une redevance annuelle à payer par le concessionnaire, et fixée par l'acte de concession. Quant aux créanciers hypothécaires, leurs droits sont transportés sur cette même redevance, qui, dans leur intérêt, participe de la nature immobilière de la surface, et demeure réunie à sa valeur. Loi précitée, art. 17 et 18.

Quoique la concession consentie au profit du propriétaire de la surface n'entraîne aucune expropriation, elle n'en a pas moins pour effet de créer un immeuble nouveau, qui, par le fait même de la concession, demeure affranchi des hypothèques antérieures. Ces hypothèques se trouvent également transportées sur la redevance qui, dans cette hypothèse même, doit à cet effet être évaluée par l'acte de concession. Loi précitée, art. 6, 19 et 42. Il est, du reste, bien entendu, que les hypothèques générales dont se trouvaient grevés, dès avant la concession, les biens présents et à venir du propriétaire du fonds, s'étendront à la mine qui lui a été concédée, comme à tout autre immeuble qu'il aurait nouvellement acquis [23].

L'acte de concession opère les effets qui viennent d'être indiqués indépendamment de toute transcription [24].

vrages cités à la note 12 du § 193. Voy. aussi Proudhon, *Du domaine privé*, II, 715 et suiv.; Demolombe, IX, 647 à 650.

[22] Demolombe, IX, 647. Req. rej., 1er février 1841, Sir., 41, 1, 121.

[23] Cpr. *Discussion au Conseil d'État de la loi du 21 avril 1810* (Locré, *Lég.*, IX, p. 220 et 221, nº 13).

[24] Bressolles, *Exposé des règles sur la transcription*, nº 26. Troplong, *De la transcription*, nº 81. Gauthier, *Résumé sur la transcription*, nº 120. Mourlon, *De la transcription*, 1, 77. Flandin, *De la transcription*, I, 348.

La mine, considérée comme immeuble distinct de la surface, est transmissible à titre onéreux ou gratuit, susceptible d'usufruit, d'hypothèque, et de saisie immobilière, aussi bien que tout autre immeuble corporel. Toutefois, une mine ne peut être vendue par lots, ou partagée, sans une autorisation préalable du gouvernement, donnée dans les mêmes formes que la concession. Loi précitée, art. 7 et 21.

La concession d'une mine en confère la propriété perpétuelle; et le concessionnaire ne peut, même pour cause d'utilité publique, être privé sans indemnité de la faculté de l'exploiter dans une partie quelconque de son périmètre. Loi précitée, art. 7, et arg. de cet article.

Le concessionnaire est autorisé à faire, même à la surface, les travaux nécessaires à l'exploitation de la mine; mais, en pareil cas, il est tenu de payer au propriétaire du sol une indemnité réglée au double de ce qu'aurait produit net le terrain endommagé, et peut même être contraint à acquérir ce terrain au double de sa valeur, lorsque l'occupation a duré plus d'une année, ou lorsque, après la cessation des travaux, il n'est plus susceptible d'être mis en culture. Loi précitée, art. 43 et 44.

Le concessionnaire doit prendre, dans l'exploitation de la mine, toutes les précautions convenables pour garantir la solidité du terrain qui la recouvre[25], et peut être condamné à faire exécuter les travaux préservatifs jugés nécessaires pour écarter toute cause de préjudice[26]. En cas de dommage causé à la surface par les travaux intérieurs de la mine, il n'est tenu de réparer ce dommage que conformément aux règles du Droit commun, c'est-à-dire dans la mesure seulement d'une estimation réglée au simple, et non au double[27]. Il en est ainsi, qu'il s'agisse de détériorations causées

[25] Demolombe, IX, 650. Voy. aussi l'arrêt cité à la note suivante.

[26] Req. rej., 15 mai 1861, Sir., 61, 1, 959.

[27] La question de savoir si le dommage causé à la surface par les travaux intérieurs de la mine, donne lieu à une indemnité réglée au double ou au simple, a été vivement controversée, et la Cour de cassation s'était d'abord prononcée pour la première de ces solutions. Voy. en ce sens : Req. rej., 23 avril 1850, Sir., 50, 1, 735; Req. rej., 22 décembre 1852, Sir., 53, 1, 14; Nîmes, 10 février 1857, Sir., 57, 2, 343; Civ. cass., 2 décembre 1857, Sir., 58, 1, 377; Nancy, 7 juillet 1858, Sir., 58, 2, 572; Nîmes, 15 décembre 1858, Sir., 59, 2, 20; Civ. cass., 17 juillet 1860, Sir., 60, 1, 699; Civ. rej., 17 juillet 1860, Sir., 60, 1, 701. Mais, par un arrêt récent, rendu Chambres réunies (23 juillet 1862, Sir., 62, 1, 801), la Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence antérieure; et nous pensons que c'est avec raison. En effet, les dispositions des art. 43 et 44 de la

à des terrains cultivés, ou à des bâtiments [28], et que ces derniers aient été élevés, soit avant, soit depuis la concession [29].

Le propriétaire du sol conserve la propriété de tout le terrain compris entre la surface et la mine [30], et peut exercer sur ce terrain toutes les facultés inhérentes à la propriété, à charge cependant de s'abstenir des ouvrages de nature à nuire à la mine, ou à en compromettre l'exploitation.

La concession peut être retirée, lorsque l'exploitation de la mine est restreinte ou suspendue de manière à mettre en péril la sûreté publique, ou à laisser en souffrance les besoins des consommateurs, comme aussi dans le cas où le concessionnaire n'acquitte pas les taxes qui lui ont été imposées pour frais d'asséchement de la mine ou d'autres travaux exécutés par les soins de l'administration. Ce retrait est prononcé par le ministre des travaux publics, sauf recours au Conseil d'État par la voie contentieuse. Loi du 21 avril 1810, art. 49. Loi du 27 avril 1838, art. 6, 9 et 10. L'art. 6 de cette dernière loi règle les suites du retrait de la concession.

C. *De la propriété pleine ou moins pleine.*

§ 224.

Notions générales. — Aperçu historique sur le domaine direct et le domaine utile, et sur le rachat des rentes réservées ou foncières.

La propriété est appelée pleine ou moins pleine, suivant que le droit de jouissance, qui en est un des attributs, s'y trouve encore attaché, ou qu'il en a été séparé sous forme de droit réel, constitué au profit d'un tiers [1].

D'après le Droit romain, cette séparation pouvait avoir lieu, non-seulement d'une manière temporaire, par la constitution d'un

loi du 21 avril 1810 ci-dessus analysées sont de leur nature tout exceptionnelles, et doivent, comme dérogeant à la règle de justice et d'équité établie par l'art. 1149, être restreintes au cas pour lequel elles sont établies, c'est-à-dire à celui où le dommage a été causé par des travaux faits à la surface du sol. Voy. en ce sens : Dijon, 29 mars 1854, Sir., 54, 2, 243 ; Dijon, 21 avril 1856, Sir., 56, 2, 715 ; Lyon, 2 août 1858, Sir., 58, 2, 664 ; Grenoble, 20 mars 1861, Sir., 61, 2, 249.

[28] Civ. rej., 17 juillet 1860, Sir., 60, 1, 701.

[29] Dijon, 21 août 1856, Sir., 56, 2, 518. Req. rej., 3 février 1857, Sir., 57, 1, 469. Req. rej., 17 juin 1857, Sir., 57, 1, 639.

[30] Lyon, 21 mars 1852, Sir., 53, 2, 277.

[1] Cpr. § 4, *Inst. de usuf.* (2, 4) ; L. 25, *proe.*, D. *de V. S.* (50, 16).

usufruit, mais encore à perpétuité, au moyen de l'établissement d'une emphytéose. La jouissance concédée à l'emphytéote, même pour un temps indéfini, n'était point considérée comme un droit de propriété; tout aussi bien que celle de l'usufruitier, elle ne constituait qu'un simple droit réel sur la chose d'autrui[2].

Cependant, comme la législation romaine accordait à l'emphytéote, ainsi qu'au superficiaire, une action utile en revendication, les glossateurs imaginèrent de lui reconnaître une sorte de propriété, qu'ils qualifièrent de domaine utile[3]. Cette doctrine, généralement adoptée dans la pratique, et étendue à des conventions qui présentaient plus ou moins d'analogie avec l'emphytéose perpétuelle, opéra une révolution complète dans la constitution de la propriété foncière, et conduisit à admettre en principe la possibilité d'une décomposition intellectuelle du droit de propriété en deux propriétés distinctes, appelées, l'une, *domaine utile*, et l'autre, *domaine direct*.

On entendait par domaine utile, le droit de jouissance séparé de la propriété, et exercé, non à titre de servitude, mais à titre de propriété. Le domaine direct comprenait les autres attributs de la propriété, avec le droit d'exiger certaines redevances irrachetables en reconnaissance de la directe, et avec l'expectative de rentrer dans la pleine propriété par l'effet, suivant les cas, de la commise, du retrait, du droit de préférence, ou de l'expiration de la concession. Du reste, cette décomposition de la propriété se présente dans l'histoire sous des formes si diverses, et avec des effets tellement variés, qu'il est impossible de déterminer avec exactitude et précision, au moyen d'une formule générale, l'étendue des droits que comportaient le domaine direct et le domaine utile.

Les concessions ou conventions les plus importantes qui opé-

[2] L. 1, § 1, D. *si ager vect.* (6, 3). L. 10, D. *fam. ercisc.* (10, 2). L. 3, § 4, D. *de reb. eor.* (27, 9). L. 71, §§ 5 et 6, D. *de leg.* 1° (30). L. 1, C. *de jure emph.* (4, 66). Thibaut, *Versuche*, II, 3. Puchta, *Pandekten*, § 174. Sell, *Römische Lehre der dinglichen Rechte*, § 14, n° 5.

[3] L. 1, § 1, D. *si ager vect.* (6, 3). L. 1, § 6, D. *de superf.* (43, 18). L. 12, *in fine*. C. *de fund. patri.* (11, 61). Barthole, sur la loi 16, D. *de acq. vel amitt. poss.* (41, 2). L'erreur dans laquelle les glossateurs sont tombés à cet égard, est d'autant plus singulière, que l'admission même d'une action *in rem utilis*, au profit de l'emphytéote, prouve qu'on ne le considérait pas comme propriétaire; car, en cette qualité, il aurait eu l'action directe en revendication. Schilter, *Commentarius ad jus feudale alemanicum*, § 3. Hofacker, *Principia juris civilis*, II, 1034. Sell, *op. et loc. citt.*

raient décomposition de la propriété, étaient l'inféodation, le bail à cens, et l'emphytéose[4].

A côté de ces conventions, il en existait d'autres qui, tout en ayant pour effet de transférer la pleine propriété, ne la transféraient cependant que sous la réserve, par l'ancien propriétaire, d'un droit réel immobilier de rente annuelle et perpétuelle, en argent ou en nature, qu'il retenait dans l'héritage concédé (*census reservativus, rente foncière*). Tels étaient le bail à rente et le bail à champart[5]. Or les rentes dues en vertu de pareils baux étant également irrachetables, et aucun signe caractéristique ne les différenciant des redevances dues en reconnaissance du domaine direct, il devenait souvent très-difficile de distinguer les immeubles dont la propriété était demeurée pleine, d'avec ceux dans lesquels elle avait été divisée.

D'un autre côté, on rencontrait dans notre ancien Droit des conventions qui, quoique généralement connues sous la même dénomination, se trouvaient cependant, quant à leurs effets, appréciées d'une manière différente, suivant les divers pays où elles étaient en usage. C'est ce qui s'était produit notamment pour le bail à complant[6], et pour la locatairie perpétuelle[7].

[4] Tel paraît également avoir été le caractère de l'albergement pratiqué en Savoie et dans le Dauphiné. *Journal de Grenoble et de Chambéry*, 1861, p. 14.

[5] Cpr. *Traité du bail à rente* et *Traité des champarts*, par Pothier, dans ses œuvres; Merlin, *Rép.*, vis Bail à rente, Champart, et Terrage.

[6] D'après la coutume de La Rochelle, le bail à complant était translatif de propriété. Valin, sur l'art. 6 de cette coutume. Merlin, *Rép.*, Vignes, § 2. Civ. rej., 10 octobre 1808, Sir., 9, 1, 119. Un avis du Conseil d'État, du 4 thermidor anVIII, a décidé au contraire qu'il ne l'était pas dans les pays composant aujourd'hui le département de la Loire inférieure. Voy. encore en ce sens : Civ. rej., 7 août 1837, Sir., 37, 1, 864. Appelé à statuer sur la nature des baux à complant dans les départements de la Vendée et de Maine-et-Loire, qui faisaient autrefois partie du Poitou et de l'Anjou, le Conseil d'Etat, par un avis des 21 ventôse-23 messidor an XI (Sir., 3, 2, 152), répondit qu'il n'y avait pas lieu de se prononcer sur la question ainsi formulée, et que le principe posé dans l'avis du 4 thermidor an VIII était de plein droit applicable partout où les clauses des baux seraient analogues à celles des baux de la Loire inférieure. La question de savoir si, dans le Poitou et dans l'Anjou, les baux à complant étaient ou non translatifs de propriété, est donc restée à l'état de controverse. Voy. dans le sens de la translation de propriété au profit du preneur à complant : Merlin, *Rép.*, vo Vigne, § 2; Troplong, *Du louage*, I, 59; Civ. rej., 26 janvier 1826, Sir., 27, 1, 228; Civ. rej., 20 juillet 1828, Sir., 28, 1, 317; Civ. cass., 9 août 1831, Sir., 31, 1, 387; Civ. cass., 11 février 1833, Sir., 33, 1, 183. Voy. dans le sens de la rétention par le bailleur du droit de propriété : Duvergier, *Du louage*, I, 189; Hérold, *Revue pratique*, 1857, III, p. 364.

[7] En Provence, la locatairie perpétuelle était regardée comme translative de

Les charges multiples et mal définies qu'un pareil état de choses faisait peser sur la propriété foncière, devaient nécessairement avoir pour effet d'entraver la libre transmission des immeubles et les progrès de l'agriculture. Aussi l'affranchissement du sol français, depuis longtemps provoqué par tous les économistes, fut-il une des premières mesures qu'amena la révolution de 1789. Les principales lois rendues à cet effet furent celles des 11 août-3 novembre 1789, 15-28 mars 1790, 18-29 novembre 1790, 25-28 août 1792, et 17 juillet 1793.

D'une part, ces lois anéantirent dans toute leur étendue les institutions féodales, et supprimèrent sans indemnité les corvées, les services personnels, et même les redevances dont l'origine se rattachait à ces institutions. D'autre part, elles déclarèrent rachetables les redevances et rentes non entachées de féodalité, sans distinguer entre celles qui avaient été stipulées comme condition de la translation de la pleine propriété d'un fonds, et celles qui, créées à l'occasion de la concession d'un simple domaine utile, avaient été stipulées en reconnaissance du domaine direct réservé par le concédant. Elles eurent donc pour effet d'abolir dans l'avenir tous les droits de domaine direct, en les transférant, avec ou sans indemnité, aux détenteurs qui jusque-là n'avaient été investis que du domaine utile.

Il y a mieux, l'art. 2 de la loi des 18-29 décembre 1790 déclara rachetables les rentes ou redevances établies par le contrat connu sous la dénomination de *locatairie perpétuelle*, sans faire d'exception pour les pays où, suivant l'opinion commune et la jurisprudence, les bailleurs conservaient la pleine propriété des biens concédés à ce titre, et reconnut ainsi virtuellement les preneurs comme propriétaires de ces biens[8]. Sous la date du 2 prairial an II, il intervint un décret qui renferme une disposition semblable pour les *baux à culture perpétuelle*.

En résumé, les législateurs de 1790 et de l'an II autorisèrent, par une sorte d'expropriation légale au profit des détenteurs, le

propriété. Julien, *Statuts de Provence*, I, p. 269. Suivant la jurisprudence du Parlement de Toulouse, au contraire, elle ne l'était pas. Boutaric, *Institutes*, liv. III, tit. XXV, § 3; et *Traité des droits seigneuriaux*, chap. XIV. Fonmaur, *Traité des lots et ventes*, n° 536. Arrêt du Parlement de Toulouse du 14 août 1705.

[8] Merlin, *Quest.*, v° Locatairie perpétuelle, § 1. Duvergier, *Du louage*, I, 195. Demolombe, IX, 505. Civ. cass., 7 ventôse an XII, Sir., 4, 1, 236. Civ. cass., 5 octobre 1808, Sir., 9, 1, 115 et 118. Civ. cass., 29 juin 1813, Sir., 13, 1, 382. Nîmes, 25 mai 1852, Sir., 52, 2, 539. Agen, 11 juillet 1859, Sir., 1860, 2, 316.

rachat de toutes les redevances et rentes établies à perpétuité, par cela seul qu'elles étaient dues en vertu de titres conférant à ces détenteurs une jouissance perpétuelle, et quelle que fût d'ailleurs la nature des droits qui, d'après la convention ou l'usage, étaient réservés ou censés réservés par les bailleurs[9].

Cependant, une réaction partielle contre ces idées, qui semblaient blesser l'équité, ne tarda pas à se produire. Les avis du Conseil d'État du 4 thermidor an VIII et des 21 ventôse - 23 messidor an XI, déjà cités à la note 6 de ce paragraphe, décidèrent successivement que, dans les tenures à complant du département de la Loire-Inférieure, la portion de fruits réservée par les bailleurs n'était point rachetable, et qu'il devait en être de même partout où les clauses des baux, analogues à celles des baux de la Loire inférieure, indiqueraient la retenue de la propriété par les bailleurs[10]. L'on arriva ainsi à poser en principe général que, dans les anciennes tenures, même perpétuelles, le rachat cesse d'être admissible, toutes les fois que la propriété a été retenue en entier par le bailleur[11]. La jurisprudence, qui avait d'abord refusé d'admettre ce principe[12], finit par le reconnaître, pour les tenures du moins

[9] C'est évidemment ainsi que l'entendait Tronchet, rapporteur de la loi des 18-29 novembre 1790, lorsqu'il disait : *un droit perpétuel de jouissance est incompatible avec l'idée d'un simple bail à loyer.* Son opinion à cet égard était conforme à celle de d'Argentré, qui enseignait (sur l'art. 61 de la coutume de Bretagne, note 2, n° 7) que toute location perpétuelle est assimilable à une emphytéose.

[10] Sous couleur d'interprétation, les avis du Conseil d'État cités au texte ont, en réalité, altéré l'esprit des lois de 1790 et de l'an II. On peut même dire qu'ils en ont, jusqu'à certain point, violé la lettre, puisque la première de ces lois déclare rachetables *les champarts de toute espèce et de toute dénomination*, et que les baux à complant ne constituent en définitive qu'une espèce de champart. L'analogie que, pour justifier sa décision, le Conseil d'État a cherché à établir entre les baux à complant et le domaine congéable, est du reste complétement inexacte. Le bail à domaine congéable étant de sa nature révocable à la volonté du bailleur, le domanier n'a pas, en principe, comme le preneur à complant, un droit perpétuel de jouissance. Quoi qu'il en soit, l'autorité législative de ces avis du Conseil d'État ne saurait être contestée, et elle a été formellement reconnue par la jurisprudence. Cpr. § 5, texte et note 5, ainsi que les arrêts cités à la note 13 *infra*.

[11] *Instruction de la Régie de l'enregistrement* du 5 pluviôse an XI, Sir., 3, 2, 152. Troplong, *Du louage*, I, 56. Duvergier, *Du louage*, I, 200. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, IV, 3062. Demolombe, IX, 507 et 508.

[12] Civ. cass., 28 janvier 1833, Sir., 33, 1, 196. Civ. cass., 2 mars 1835, Sir., 35, 1, 394.

qui n'étaient pas formellement indiquées dans les lois des 18-29 novembre 1790 et du 2 prairial an II; elle l'appliqua notamment à la métairie perpétuelle[13], et au bail héréditaire usité en Alsace[14].

Le principe du rachat facultatif des rentes foncières perpétuelles, établi par le Droit intermédiaire, fut, après quelque hésitation, maintenu par le Code Napoléon. La commission, chargée de préparer le projet de Code civil, que la nature de ses travaux avait amenée à examiner s'il convenait, ou non, de rétablir les baux emphytéotiques et à rente foncière, avec les caractères et les effets qui y étaient autrefois attachés, ne voulut pas prendre sur elle de trancher cette question, dont elle abandonna la décision à la sagesse du gouvernement[15]. Ce ne fut que par la loi du 30 ventôse an XII, et après une longue discussion au Conseil d'État, qu'une résolution définitive fut prise à cet égard. L'art. 3 de cette loi ordonna l'intercalation au titre *De la distinction des biens*, de la disposition qui forme aujourd'hui l'art. 530 du Code Napoléon[16].

Cet article, en déclarant essentiellement rachetable toute rente établie à perpétuité pour prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, se prononça par cela même contre le rétablissement des baux perpétuels qui, tout en transférant aux preneurs le domaine utile, ou même la pleine propriété, réservaient aux bailleurs le domaine direct, ou du moins un droit réel dans le fonds.

[13] Civ. rej., 11 août 1840. Sir., 40, 1, 673. Civ. rej., 30 mars 1842, Sir., 42, 1, 617. Bastia, 26 novembre 1861, Sir., 62, 2, 173.

[14] Chamb. réun. rej., 24 novembre 1837, Sir., 37, 1, 954. Il est toutefois à remarquer que le 16 juin 1852 (Sir., 52, 1, 547) la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Colmar du 1er août 1846, qui avait décidé que le bail héréditaire s'était fondu en Alsace avec l'emphytéose romaine, et devait, à moins d'une réserve expresse de la propriété au profit du bailleur, être considéré comme soumis aux mêmes règles que le bail emphytéotique. Nous comprenons qu'en cet état de la cause, et en présence de l'interprétation donnée par la Cour d'appel à l'acte de concession, la Cour de cassation ait cru devoir s'écarter dans l'espèce du principe consacré par son précédent arrêt. Mais il nous reste, au point de vue du Droit historique, quelques doutes sur l'exactitude de la doctrine admise par la Cour de Colmar, qui a peut-être confondu la question de savoir si le bail héréditaire transférait le domaine utile avec celle de savoir s'il conférait un droit réel opposable aux tiers, ce qui n'est point contestable, mais ce qui n'eût pas suffi, du moins d'après le principe consacré par la nouvelle jurisprudence, pour autoriser le rachat.

[15] *Discours préliminaire*, par Portalis (Locré, *Lég.*, 1, p. 309, nº 89).

[16] Les travaux préparatoires à la suite desquels l'art. 530 a été décrété, sont rapportés par Locré (*Lég.*, VIII, p. 78 à 99).

La seule modification que l'art. 530 apporta au Droit intermédiaire, ce fut de permettre au créancier de régler les clauses et conditions du rachat, et de stipuler qu'il ne pourrait avoir lieu avant trente ans.

Il résulte de ce qui précède que, si un immeuble était cédé à la charge ou sous la réserve d'une rente perpétuelle, cette rente serait nécessairement rachetable, et que le droit de propriété passerait plein et entier sur la tête du concessionnaire, quelle que fût d'ailleurs la qualification donnée par les parties à leur convention, et nonobstant toute clause contraire[17].

Si toutefois il était clairement établi que, malgré la perpétuité de la concession, les parties n'ont entendu faire qu'un simple bail, et que la propriété a été retenue pleine et entière par le bailleur, cette convention devrait sortir son effet, sauf réduction de la durée du bail au terme de quatre-vingt-dix-neuf ans[18].

La même réduction nous paraît devoir être également admise pour celles des anciennes tenures perpétuelles qui, d'après la jurisprudence, n'emportaient pas translation de propriété au profit des preneurs.

§ 224 *bis*.

De l'emphytéose temporaire.

L'art. 1er de la loi des 18-29 décembre 1790, après avoir défendu de créer à l'avenir aucune redevance foncière non rachetable, admit cependant, pour certaines concessions temporaires, une exception qu'il formula dans les termes suivants: « Sans préjudice des baux à rentes ou emphytéoses, et non perpétuels, qui « seront exécutés pour toute leur durée, et pourront être faits à « l'avenir pour quatre-vingt-dix-neuf ans et au-dessous, ainsi que « les baux à vie, même sur plusieurs têtes, à la charge qu'elles « n'excéderont pas le nombre de trois[1]. »

[17] Cpr. Demolombe, IX, 491, *in fine*, et 531.

[18] Arg. art. 1 de la loi des 18-29 décembre 1790, et art. 1709 du Code Napoléon. Cpr. § 365, texte et note 1. Duvergier, *Du louage*, I, 28. Demolombe, IX, 530 et 531. Voy. cep. : Fœlix et Henrion, *Des rentes foncières*, n° 1 *b*; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, IV, 3031, 3062, 3068 et 3077.

[1] A la disposition exceptionnelle citée au texte, se rattachent l'art. 5 de la loi du 9 messidor an III, qui rangeait parmi les biens susceptibles d'hypothèque l'usufruit résultant des baux emphytéotiques, lorsqu'il restait encore vingt-cinq années de jouissance, et l'art. 6 de la loi du 11 brumaire an VII, qui déclarait

En exceptant ainsi de la faculté de rachat des rentes dues en vertu d'emphytéoses non perpétuelles, la loi précitée conserva implicitement aux baux emphytéotiques les caractères et les effets qui y étaient attachés dans notre ancienne jurisprudence, et maintint ainsi au profit des emphytéotes le droit de domaine utile qui leur était généralement reconnu[2]. C'est dans cet esprit que fut rédigée la loi des 15 septembre-16 octobre 1791, qui qualifie de *propriété réversible* le droit du bailleur à emphytéose, et suppose par là même que le preneur restait, pendant la durée du bail, investi d'un droit de domaine.

Mais cette manière d'envisager le droit de l'emphytéote ne se retrouve plus dans les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII. En rangeant ce droit parmi les objets susceptibles d'hypothèque, sous la qualification d'*usufruit* ou de *jouissance à titre d'emphytéose*, les rédacteurs de ces lois ont nettement indiqué qu'ils n'y voyaient plus, comme les jurisconsultes romains, qu'un droit réel de jouissance sur la chose d'autrui.

En présence de ces précédents législatifs il nous paraît difficile d'admettre, avec la jurisprudence et avec certains auteurs[3], que l'emphytéose temporaire, sur laquelle le Code Napoléon garde un silence complet, opère encore aujourd'hui décomposition de la propriété, et translation du domaine utile au profit de l'emphytéote.

La seule question qui soit, à notre avis, sujette à discussion, est celle de savoir si la jouissance de l'emphytéote a conservé,

susceptible d'hypothèque la jouissance à titre d'emphytéose pour le temps de sa durée.

[2] L'opinion contraire de Dumoulin (sur la coutume de Paris, § 78, glose IV, nº 15), invoquée par M. Pepin Lehalleur (*Histoire de l'emphytéose*, p. 293), n'avait point prévalu dans la pratique. Voy. Bacquet, *Questions sur les baux des boutiques du palais*, chap. XII, nos 9 à 12; Loyseau, *Traité du déguerpissement*, liv. I, chap. V, nº 8; Louet, lett. E, somm. 10; Legrand, sur l'art. 78 de la coutume de Troyes, glose 2; Ferrière, sur l'art. 149 de la coutume de Paris; Ferrière, *Dictionnaire de Droit*, vº Emphytéose; Denisart, *Collection de jurisprudence*, vº Emphytéose, nos 2 et 7; Merlin, *Quest.*, vº Emphytéose, § 5, nos 1 et 2.

[3] Merlin, *Quest.*, vº Emphytéose, sect. V, § 8. Favard, *Rép.*, vº Hypothèque, sect. I, nº 2. Proudhon, *Du domaine privé*, II, 710. Persil, *Régime hypothécaire*, sur l'art. 2118, nº 15. Civ. cass., 26 juin 1822, Sir., 22, 1, 362. Civ. cass. et Civ. rej., 1er avril 1840, Sir., 40, 1, 433 et 436. Civ. cass., 24 juillet 1843, Sir., 43, 1, 830. Civ. cass, 18 mai 1847, Sir., 47, 1, 623. Civ. rej., 17 novembre 1852, Sir., 52, 1, 747. Civ. cass., 23 février 1853, Sir., 53, 1, 206. Civ. cass., 26 avril 1853, Sir., 53, 1, 445. Grenoble, 4 janvier 1860, Sir., 61, 2, 126.

*

sous le Code Napoléon, le caractère de droit réel immobilier, susceptible d'hypothèque, que lui attribuaient la loi du 9 messidor an III et celle du 11 brumaire an VII. Or la négative de la question ainsi posée nous paraît clairement résulter des dispositions des art. 526, 543, 2118 et 2204. Ces articles, dont l'objet est d'énumérer d'une manière limitative les immeubles incorporels, les droits réels qui forment des démembrements de la propriété, ainsi que les biens susceptibles d'hypothèque et de saisie immobilière, ne faisant aucune mention de la jouissance à titre d'emphytéose, refusent par cela même à cette jouissance le caractère de droit réel immobilier, susceptible d'hypothèque et d'expropriation forcée.

En vain a-t-on voulu prétendre que l'emphytéose se trouve comprise dans les art. 526, 2118 et 2204 sous le terme *usufruit*, et dans l'art. 543 sous les expressions *droits de jouissance :* cette objection ne repose que sur une équivoque. Il ressort, en effet, jusqu'à l'évidence, du rapprochement des articles précités et de l'ensemble des dispositions du titre III du livre II du Code Napoléon, que les rédacteurs de ce Code n'ont entendu désigner par le mot *usufruit* que le droit de jouissance viager dont il est traité au chapitre premier de ce titre, et par les termes *droits de jouissance*, que les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation qui forment l'objet du même titre. Ainsi, dût-on admettre que la disposition de la loi des 18-29 décembre 1790, relative aux emphytéoses temporaires, n'a pas été expressément abrogée par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII, on n'en serait pas moins forcé de reconnaître que le Code Napoléon a, par son silence, virtuellement enlevé à la jouissance de l'emphytéote le caractère de droit réel immobilier, qu'elle avait conservé jusqu'à sa promulgation.

Nous hésitons d'autant moins à nous prononcer en ce sens, que le contrat de louage étant susceptible de toutes les modifications qui peuvent entrer dans les convenances des parties, aucun intérêt social ne réclamait le maintien de l'emphytéose comme contrat distinct du bail ordinaire[4]; et que, d'un autre côté, en l'absence de toute disposition législative qui détermine d'une manière précise les caractères auxquels se reconnaîtrait l'emphytéose, la solution de la question de savoir si telle ou telle location constitue

[4] Lors de la discussion sur l'art. 2118, Tronchet a formellement déclaré qu'on ne s'était pas occupé de l'emphytéose, parce qu'elle n'avait plus d'objet (Locré, *Lég.*, XVI, p. 253, nº 3).

un bail ordinaire ou un bail emphytéotique, serait plus ou moins arbitraire et divinatoire[5].

On doit conclure des observations précédentes que, lorsque la jouissance d'un immeuble a été cédée pour un temps seulement, fût-ce même à titre d'emphytéose, le contrat est régi par les règles du louage[6], à moins que les clauses de la convention ne manifestent clairement l'intention des parties d'établir, soit un droit de superficie temporaire, soit une servitude personnelle. Hors de ces hypothèses exceptionnelles, la jouissance du preneur ne constitue qu'un droit personnel et mobilier, qui n'est pas susceptible d'hypothèque[7], et qui ne peut former l'objet d'une action possessoire[8].

Ces principes s'appliquent même aux emphytéoses temporaires établies avant la promulgation du Code Napoléon, avec cette restriction toutefois, que les hypothèques constituées dès avant cette époque sur une jouissance emphytéotique ont continué de subsister malgré la transformation de la nature de cette jouissance.

[5] C'est ce dont il est facile de se convaincre en recourant aux arrêts qui ont eu à statuer sur cette difficulté. Voy. Req. rej., 12 mars 1845, Sir., 45, 1, 382 ; Req. rej., 9 janvier 1854, Sir., 54, 1, 531 ; Civ. rej., 24 août 1857, Sir., 57, 1, 854 ; Grenoble, 4 janvier 1860, Sir., 61, 2, 125 ; Req. rej., 6 mars 1861, Sir., 61, 1, 713 ; Civ. rej., 11 novembre 1861, Sir., 62, 1, 91. Il paraît ressortir de l'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation que, dans sa pensée, la modicité du loyer ou du fermage, et l'obligation pour le preneur de faire des améliorations, sans pouvoir en réclamer le prix à la fin du bail, constitueraient les seuls caractères essentiels et distinctifs de l'emphytéose. Mais en se plaçant au point de vue législatif, on comprendrait difficilement que ces circonstances pussent avoir pour effet de modifier la nature de la jouissance du preneur, et de convertir le droit purement personnel que confère un bail ordinaire, en un droit réel formant démembrement de la propriété.

[6] Delvincourt, III, p. 185. Grenier, *Des hypothèques*, I, 143. Fœlix et Henrion, *Des rentes foncières*, nº 1, lett. *b*, p. 24 et suiv. Valette, *Des priviléges et des hypothèques*, I, p. 191 et suiv. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, I, 338. Demolombe, IX, 489 à 491. En sens contraire, voy. outre les autorités citées à la note 3 *supra*, et les arrêts indiqués aux notes 7 et 8 *infra* : Battur, *Des priviléges et des hypothèques*, II, 46 ; Duranton, IV, 80, et XIX, 268 ; Troplong, *Des hypothèques*, II, 405, et *Du louage*, I, 50 ; Duvergier, *Du louage*, I, 142 et suiv. ; Pepin-Lehalleur, *Histoire de l'emphytéose*, p. 328 et suiv. ; Marcadé, sur l'art. 526, nº 3 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 70 ; Demante, *Cours*, II, 378 *bis* IV à VI.

[7] Voy. en sens contraire : Paris, 10 mai 1831, Sir., 31, 2, 153 ; Req. rej., 19 juillet 1832, Sir., 32, 1, 531 ; Douai, 15 décembre 1832, Sir., 33, 2, 65.

[8] Voy. en sens contraire : Civ. cass., 26 juin 1822, Sir., 22, 1, 362.

§ 224 *ter*.

Des rentes foncières d'après la législation actuelle[1].

Sous l'expression de *rentes foncières* on comprend non-seulement les anciennes rentes foncières proprement dites, mais encore toutes les redevances que la loi des 18-29 décembre 1790 a déclarées rachetables, et notamment les champarts[2].

1° En autorisant le rachat des rentes ou redevances perpétuelles, la loi précitée ne leur enleva cependant pas le caractère de droits réels immobiliers, et comme tels susceptibles d'hypothèque[3]. Elles conservèrent ce caractère jusqu'à la loi du 11 brumaire an VII, qui les mobilisa implicitement en déclarant, dans son art. 7, qu'elles ne pourraient plus à l'avenir être frappées d'hypothèque. Cette mobilisation fut formellement consacrée par la loi du 22 frimaire anVII[4]; et l'art. 529 du Code Napoléon ne fit que reproduire à cet égard les dispositions du Droit intermédiaire[5].

Depuis la loi du 11 brumaire an VII, les rentes, dites *foncières*[6], ne constituent donc plus que des créances mobilières, qui ne peuvent être frappées d'hypothèque[7], ni former l'objet d'une ac-

[1] Cpr. sur cette matière : *Traité des rentes foncières*, par Fœlix et Henrion; 2e édit., Paris 1828, 1 vol. in-8°.

[2] Civ. cass., 28 juin 1854, Sir., 54, 1, 465.

[3] Voy. les titres V et VI de cette loi.

[4] L'art. 27 de la loi du 22 frimaire an VII porte que *les rentes et autres biens meubles* seront déclarés au bureau du domicile du défunt, et l'art. 69, § 2, n° 11, de la même loi assujettit au droit de 50 cent. par 100 fr. les quittances, remboursements ou rachats *de rentes et redevances de toute nature*, et tous autres actes ou écrits portant libération *de sommes ou valeurs mobilières*.

[5] Voy. les autorités citées à la note 15 du § 165.

[6] Ces rentes étaient autrefois appelées *foncières*, parce que le crédi-rentier les percevait à titre de droit réel dans le fonds. Bien qu'il n'en soit plus ainsi aujourd'hui, on leur a conservé cette dénomination, parce qu'elles ont pour cause une concession de fonds.

[7] Il est à remarquer que la loi du 11 brumaire an VII, tout en déclarant que les rentes foncières ne pourraient plus être hypothéquées à l'avenir, laissa subsister les hypothèques dont elles se trouvaient grevées, et indiqua dans ses art. 42 et 45 les formalités à remplir, soit pour les conserver, soit pour les purger. Le Code Napoléon n'a rien innové sur ce point, et l'art. 654 du Code de procédure a même formellement maintenu l'effet des hypothèques établies sur des rentes antérieurement à la loi du 11 brumaire an VII. Grenier, *Des hypothèques*, I, 161. Fœlix et Henrion, n° 91, lett. *h*.

tion possessoire[8], et qui sont devenues, à partir de la même époque, prescriptibles par trente ans[9].

Ceux qui détenaient, lors de la promulgation de la loi du 11 brumaire an VII, des biens grevés de pareilles rentes, en sont devenus débiteurs personnels par l'effet de leur mobilisation, et ont perdu, eux et leurs successeurs universels, la faculté de s'affranchir, au moyen du déguerpissement, de l'obligation de les servir[10].

Réciproquement, ceux qui sont devenus, depuis la loi du 11 brumaire, tiers détenteurs de biens anciennement grevés de rentes foncières, n'ont plus été assujettis, par le seul effet de leur détention, à l'obligation de servir ces rentes. Sauf l'exercice de l'hypothèque privilégiée dont il va être parlé, ils ne peuvent être poursuivis, même pour les arrérages échus pendant la durée de leur détention, qu'autant qu'ils se sont personnellement obligés au service de la rente[11].

La mobilisation des rentes ayant eu pour effet de transporter aux détenteurs des fonds arrentés le droit réel immobilier dont le titulaire de la rente était jusque-là demeuré investi, la jurisprudence

[8] Voy. les autorités citées à la note 5 du § 178.

[9] Civ. cass., 3 février 1834, Sir., 34, 1, 326. Req. rej., 17 janvier 1843, Sir., 43, 1, 257. Civ. cass., 27 décembre 1848, Sir., 49, 1, 151. Req. rej., 20 août 1849, Sir., 49, 1, 743. Req. rej., 4 décembre 1849, Sir., 50, 1, 41. Agen, 11 juillet 1859, Sir., 60, 2, 316.

[10] Tant que les rentes foncières ont conservé leur caractère immobilier, elles étaient dues par le fonds, et n'avaient pas, à vrai dire, de débiteur personnel. Leur mobilisation ayant eu pour effet d'enlever au crédi-rentier tout droit dans le fonds, en y substituant une simple créance mobilière, les détenteurs des immeubles arrentés au profit desquels s'est opérée cette transformation, sont nécessairement devenus débiteurs de ces rentes, puisqu'on ne comprend pas de créance sans un débiteur. MM. Fœlix et Henrion (chap. prélim., § 5, et n° 38), partant de l'idée que les rentes foncières ont été mobilisées par l'effet de la loi des 18-29 décembre 1790, estiment que ce sont les détenteurs à l'époque de sa promulgation qui sont devenus débiteurs personnels des rentes dont se trouvaient grevés les fonds arrentés. Leur opinion sur ce point nous paraît erronée, non-seulement au point de vue du Droit positif et des dispositions formelles des titres V et VI de la loi précitée, mais encore en pure théorie, puisque la faculté de rachat accordée pour tel ou tel droit n'entraîne par elle-même, ni l'extinction, ni la transformation de ce droit. La mobilisation des rentes foncières n'ayant été opérée que par la loi du 11 brumaire an VII, ce n'est qu'à partir de cette époque qu'elles ont été transformées en simples créances, et que les détenteurs des fonds arrentés en sont devenus débiteurs personnels.

[11] Fœlix et Henrion, nos 82 et 84 *a*. Civ. cass., 8 novembre 1824, Sir., 25, 1, 1. Req. rej., 24 mars 1829, Sir., 29, 1, 162. Civ. cass., 25 août 1829, Sir., 30, 1, 338. Chamb. réun. cass., 27 novembre 1835, Sir., 35, 1, 900.

a admis avec raison, en faveur de ce dernier, une hypothèque privilégiée, destinée à garantir le service de la rente [12]. Cette hypothèque est régie, quant à sa conservation, ses effets, et son extinction, par les règles du Droit commun [13].

Du reste, la mobilisation des rentes foncières n'a point enlevé aux débiteurs de celles qui avaient été créées avant la loi des 23 novembre-1er décembre 1790, le droit de retenir, pour le paiement des contributions, le cinquième des arrérages de ces rentes [14].

2° La convention par laquelle le propriétaire d'un immeuble l'aliène à la charge d'une rente, ne constitue pas, sous le Droit nouveau, un contrat d'une nature spéciale. Cette charge peut être attachée à tout acte d'aliénation, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit; ses effets se déterminent d'après les règles relatives au contrat par lequel elle a été établie, et d'après les principes qui régissent en général les engagements conventionnels. De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes :

a. Lorsque la rente a été stipulée comme prix de la transmission à titre onéreux d'un immeuble, le vendeur jouit du privilége établi par l'art. 2103, n° 1. Il peut aussi provoquer la résolution du contrat en cas de non-paiement des arrérages de la rente, peu importe qu'elle forme la totalité ou seulement une partie du prix [15]. Mais il ne pourrait pas, pour les causes énumérées aux art. 1912 et 1913, demander le remboursement d'un capital représentatif de la rente [16].

[12] Grenier, *Des hypothèques*, II, 331. Fœlix et Henrion, nos 91 *c* et suiv. Poitiers, 2 pluviôse an XIII, Sir., 5, 2, 335. Nîmes, 23 frimaire an XIV, Sir., 6, 2, 82. Civ. cass., 29 juin 1813, Sir. 13, 1, 382. Cette jurisprudence a été législativement consacrée par différents décrets, rendus pour la mise en vigueur des lois françaises dans les pays réunis. Voy. Décrets du 12 décembre 1808, art. 11; du 9 décembre 1811, art. 37; du 1er mars 1813, art. 5.

[13] Nîmes, 2 ventôse an XII, Sir., 7, 2, 1232. Civ. cass., 29 juin 1813, Sir., 13, 1, 382. Voy. aussi les arrêts cités à la note 11 *supra*.

[14] L. du 3 frimaire an VII, art. 98. Voy. sur cette retenue : Fœlix et Henrion, nos 36 *a* et suiv.

[15] Cpr. Nîmes, 25 mai 1852, Sir., 52, 2, 539.

[16] Fœlix et Henrion, n° 40 *f*. Caen, 13 mars 1815, Sir., 16, 2, 287. Req. rej., 5 mars 1817, Sir., 18, 1, 71. Civ. cass., 28 juillet 1824, Sir., 24, 1, 351. Bourges, 12 avril 1824, Sir., 25, 2, 254. Paris, 8 janvier 1825, Sir., 25, 2, 341. Nîmes, 25 mai 1852, Sir., 52, 2, 539. — La proposition énoncée au texte ne serait pas applicable au cas où le prix de vente, déterminé d'abord en capital, aurait été ultérieurement converti, par voie de novation, en rente constituée. Mais aussi, dans ce cas, le créancier ne pourrait demander, à défaut de paiement de la rente,

b. La donation d'un immeuble, faite sous la condition ou à la charge d'une rente, est soumise aux mêmes causes de révocation ou de réduction que toute autre donation onéreuse.

c. L'acquéreur ou le donataire d'un immeuble aliéné à la charge d'une rente ne peut, au moyen du déguerpissement, s'affranchir de l'obligation de la servir. Il en est de même de ses héritiers ou successeurs universels.

d. L'obligation de servir une rente se divise entre les héritiers du débiteur originaire dans la proportion de leurs parts héréditaires, de manière que chacun d'eux peut être personnellement poursuivi pour sa part, et ne peut l'être que pour cette part, sauf l'exercice de l'action hypothécaire contre ceux qui se trouvent en possession des immeubles arrentés[17].

e. Le débiteur personnel d'une rente et ses successeurs universels peuvent être astreints à en passer un titre nouvel, conformément à l'art. 2263.

f. Le tiers détenteur d'un immeuble, originairement aliéné sous la charge d'une rente, n'est point personnellement tenu d'en servir les arrérages, même pendant la durée de sa détention. Le crédi-rentier ne peut que le poursuivre hypothécairement, ou, le cas échéant, former contre lui une demande en résolution ou en révocation de l'acte par lequel la rente a été établie. Cette poursuite et cette action sont, quant à leurs conditions d'exercice et à la prescription, soumises aux règles du Droit commun. Le créancier de la rente n'est pas autorisé à exiger du tiers détenteur la passation d'un titre nouvel; il peut seulement agir contre lui pour faire reconnaître son droit et interrompre la prescription des actions qui lui compètent.

3° La loi des 18-29 décembre 1790 a fixé le taux du rachat au denier 20 pour les rentes en argent, et au denier 25 pour les rentes en nature. Les dispositions de cette loi sont encore aujourd'hui applicables au rachat des rentes créées antérieurement à sa publication; mais elles ne sauraient être étendues aux rentes d'une origine postérieure.

L'art. 530 laisse aux parties la liberté de régler, ainsi qu'elles le jugent convenable, le taux du rachat; et la convention qui le dé-

que le remboursement du capital qu'elle représente, et non la résolution de l'acte d'aliénation. Cpr. § 324, texte n° 2, et note 19; § 356, texte, notes 17 et 18.

[17] Fœlix et Henrion, n° 38 *a*.

termine ne peut être attaquée comme usuraire. Mais si le taux du remboursement avait été exagéré au point de rendre la faculté de rachat à peu près illusoire, la clause devrait être écartée comme tendant à éluder la disposition de la loi qui a établi cette faculté[18].

A défaut de règlement, les rentes créées postérieurement à la publication de la loi des 18-29 décembre 1790 sont toutes rachetables au denier 20, sans distinction entre les rentes en argent et les rentes en nature[19].

Si, contrairement à la disposition de l'art. 530, il avait été stipulé que le rachat ne pourrait avoir lieu avant un terme excédant trente années, cette stipulation ne serait frappée d'inefficacité que pour le temps dépassant les trente années[20].

SECTION DEUXIÈME.

DES SERVITUDES.

§ 225.

Notion et division des servitudes.

Les servitudes (*sensu lato*) sont des droits réels en vertu desquels une personne est autorisée à tirer de la chose d'autrui une certaine utilité.

Les servitudes sont personnelles, lorsque, établies pour l'avantage individuel d'une personne déterminée, elles ne sont dues qu'à cette personne, et ne constituent ainsi que des droits temporaires ou viagers.

Les servitudes sont réelles, lorsque, imposées à un héritage pour l'utilité ou l'agrément d'un héritage appartenant à un autre propriétaire, elles sont dues à ce dernier comme tel, et revêtent dès lors un caractère de perpétuité.

[18] Duranton, IV, 157. Fœlix et Henrion, n° 79 *g*. Taulier, II, p. 171. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 43. Demolombe, IX, 428.

[19] Fœlix et Henrion, n° 194 *mm*. Poitiers, 27 avril 1831, Sir., 31, 2, 145. Paris, 5 août 1851, Sir., 51, 2, 775, Montpellier, 29 décembre 1855, Sir., 57, 2, 30.

[20] Arg. art. 1660. Duranton, IV, 158. Taulier, II, p. 172. Demolombe, IX, 430. Voy. en sens contraire : Fœlix et Henrion, n° 79 *f*.

Les premières sont désignées au Code Napoléon sous la dénomination de *droits de jouissance;* les secondes y sont appelées *services fonciers,* ou simplement *servitudes*, art. 543[1].

Les servitudes réelles, qui n'emportent en général aucun droit aux fruits ou produits de l'héritage servant, ne dégénèrent cependant pas en servitudes personnelles, par cela seul qu'elles conféreraient exceptionnellement la jouissance de certains fruits ou produits de cet héritage. Elles conservent le caractère de pures servitudes réelles, lorsque ces fruits ou produits doivent profiter directement à l'héritage dominant. C'est ce qui a lieu pour les droits de maronage et de pacage[2], et pour celui de prendre dans un fonds la marne, l'argile, ou le sable, nécessaires à l'exploitation ou à l'entretien de l'héritage dominant. Et dans le cas même où le propriétaire de cet héritage est appelé à profiter pour son usage personnel d'une portion des fruits ou produits du fonds servant, comme cela se rencontre quand il s'agit du droit de prendre dans une forêt du bois de chauffage, la servitude n'en retient pas moins le caractère prépondérant de servitude réelle en ce qu'elle forme un accessoire inséparable du fonds dominant, dont elle augmente la valeur, et qu'elle passe comme tel à tous les propriétaires de ce fonds.

Les droits d'usage dans les bois étant réglés par des lois spéciales, nous n'aurons pas à nous en occuper[3]. Art. 536.

Les servitudes personnelles sont: l'usufruit, l'usage, et l'habitation.

CHAPITRE I.

Des servitudes personnelles.

SOURCES. Code Napoléon, art. 578 à 636. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, par Salviat; Bor-

[1] Les rédacteurs du Code Napoléon ont cru devoir écarter l'expression de *servitudes personnelles*, dans la crainte de réveiller le souvenir de la féodalité. Mais c'était là un scrupule exagéré, puisque personne ne pouvait se méprendre sur le sens de ce terme technique, et qu'après tout les droits de jouissance constituent de véritables servitudes, auxquelles s'applique, tout aussi bien qu'aux servitudes réelles, la règle *Servitus nunquam in faciendo consistit*. L. 1, D. *de serv.* (8, 1). Maleville, *Introduction au titre IV du livre II.* Toullier, III, 384. Demolombe, X, 211.

[2] L. 1, § 1, D. *de serv. præd. rust.* (8, 3). Code Nap., art. 688. Cpr. Demante, *Cours*, II, 480 *bis ;* Demolombe, X, 757.

[3] Cpr. Code forest., art. 61 et suiv., et les ouvrages cités au § 25, texte nº 9.

deaux 1817, 2 vol. in-8. *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, par Proudhon, 2e édit. annotée par Curasson; Dijon 1836, 8 vol. in-8. *Traité de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, par Genty; Paris 1860, 1 vol. in-8.

I. *De l'usufruit.*

§ 226.

Notion de l'usufruit.

L'usufruit est un droit réel, temporaire ou viager[1], qui autorise l'usufruitier à user et à jouir, comme le propriétaire lui-même[2], d'une chose appartenant à autrui, à charge d'en conserver la substance[3]. Art. 578[4].

L'usufruit peut porter sur des objets incorporels aussi bien que sur des objets corporels, sur des meubles comme sur des immeubles, enfin sur des universalités de fait ou de droit comme sur des choses individuellement envisagées. Art. 581. Il pourrait même porter sur un droit d'usufruit[5]. Mais il ne saurait avoir pour objet une servitude réelle, considérée en elle-même et séparément du fonds auquel elle est attachée[6].

[1] Nous avons ajouté ces mots, qui ne se trouvent pas dans l'art. 578, pour indiquer qu'à la différence de la propriété et des servitudes réelles, l'usufruit est, par essence même, limité quant à sa durée, et non transmissible aux héritiers. Cpr. art. 617 et 619. Demolombe, X, 227.

[2] Le projet de l'art. 578 portait «*avec le même avantage que le propriétaire lui-même.*» Mais, à la demande du Tribunat, ces expressions ont été remplacées par celles qui se trouvent reproduites au texte, pour faire ressortir la double idée, que l'usufruitier n'est assimilé au propriétaire qu'au point de vue de la perception des fruits, et que, d'un autre côté, sa jouissance est soumise aux charges qui grèvent les fruits. *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, VIII, p. 253).

[3] Ces expressions, par lesquelles les rédacteurs du Code ont évidemment voulu reproduire le *salva rerum substantia* de la définition romaine (*proe., Inst. de usuf.*, 2, 4), énoncent une proposition parfaitement exacte en elle-même; mais il est permis de douter qu'elles rendent d'une manière complète les différentes idées que renferme la locution latine. Cpr. Demolombe, X, 226.

[4] Cpr. sur les similitudes et les dissemblances qui existent entre l'usufruit et certains autres droits de jouissance: Merlin, *Rép.*, vo Usufruit; Duranton, IV, 169 et suiv.; Proudhon, I, 40 et suiv.; Demolombe, X, 228 à 230 *bis*.

[5] Cpr. art. 1568. Duranton, IV, 480. Proudhon, I, 33.

[6] Proudhon, I, 370 et suiv. Demolombe, X, 261 *bis*.

L'usufruit, de sa nature, suppose la possibilité d'user ou de jouir de la chose qui s'y trouve soumise, tout en en conservant la substance. Les choses qui se consomment par le premier usage qu'on en fait, ne sont donc pas susceptibles d'un usufruit proprement dit. Cependant, à l'exemple des lois romaines, notre Code admet que les choses de cette espèce, telles que l'argent, les grains, les vins etc., peuvent être soumises à un droit analogue à l'usufruit, et que l'on appelle *quasi-usufruit*. Art. 587.

§ 227.

Des différentes manières dont l'usufruit peut être établi.

L'usufruit est établi par la loi ou par la volonté du propriétaire. Art. 579.

Il peut également s'acquérir, sur des immeubles corporels, par l'usucapion, soit de trente ans, soit de dix à vingt ans avec juste titre et bonne foi[1].

Mais l'usufruit ne peut plus, comme en Droit romain, être établi d'office par le juge, qui dépasserait ses pouvoirs, si, pour faire cesser l'indivision d'une chose commune, il adjugeait la nue propriété à l'un des copartageants, et l'usufruit à l'autre[2].

Il n'existe, à vrai dire, qu'un seul usufruit légal, c'est celui qu'établit l'art. 754.

Quant au droit de jouissance accordé aux pères et mères sur les biens de leurs enfants, à celui du mari sur les biens dotaux de la femme, mariée sous le régime dotal ou sous la clause exclusive de communauté, et à celui de la communauté sur les biens personnels des époux, ils n'entraînent pas un démembrement de la pro-

[1] En effet, l'usufruit est susceptible d'une quasi-possession, dont les effets civils sont les mêmes que ceux de la possession proprement dite. Cpr. § 177. Voy. aussi art. 2262, cbn. 690, et art. 2265, cbn. 526. Delvincourt, I, p. 348. Toullier et Duvergier, III, 393. Proudhon, II, 751 et suiv. Duranton, IV, 502. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 131, 361, et II. Troplong, *De la prescription*, II, 855. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 157. Demante, *Cours*, II, 418 *bis*, IV et V. Marcadé, sur l'art. 579, nº 2. Demolombe, X, 241. Req. rej., 17 juillet 1816, Sir., 17, 1, 152.

[2] Arg. 1º, art. 579; 2º, art. 827, 832 et 833. Toullier, III, 391. Duranton, IV, 489. Proudhon, I, 304. Marcadé, sur l'art. 579, nº 2. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 156. Taulier, II, p. 296. Demante, *Cours*, II, 418 *bis*, III. Demolombe, X, 232.

priété, susceptible d'être vendu, hypothéqué, ou saisi, séparément de celle-ci[3], et ne constituent pas dès lors des droits d'usufruit dans le sens propre du mot. D'ailleurs, la jouissance du mari ou de la communauté est bien moins le résultat d'une disposition directe de la loi, que celui de la convention, expresse ou présumée, intervenue entre les époux[4].

§ 228.

De l'établissement de l'usufruit par la volonté du propriétaire.

L'usufruit peut être établi, soit par convention, à titre onéreux ou gratuit, soit par acte de dernière volonté.

La constitution d'usufruit peut avoir lieu purement et simplement, ou sous condition; avec ou sans charges; à partir d'un certain jour, ou jusqu'à une certaine époque; en un mot, avec toutes les modalités auxquelles le propriétaire juge à propos de la soumettre. Art. 580.

L'usufruit peut être établi conjointement et simultanément au profit de plusieurs personnes. Il peut même être constitué en faveur de plusieurs personnes appelées à en jouir successivement, les unes après les autres[1]. Toutefois, la validité d'une pareille constitution est subordonnée, en ce qui concerne les personnes appelées en second ou en troisième ordre, à la condition de leur existence, ou tout au moins de leur conception, soit à l'époque de l'établissement de l'usufruit, lorsqu'il est constitué par acte entre vifs, soit au jour du décès du testateur, lorsqu'il est établi par testament[2].

L'usufruit ne saurait, en principe, être constitué au profit d'une personne et de ses héritiers[3]. Néanmoins, les tribunaux pourraient,

[3] Cpr. § 535, texte et note 30 ; § 550 *bis*, texte et note 25.

[4] Demolombe, X, 233 à 236.

[1] Il y a dans ce cas autant d'usufruits distincts qu'il y a de personnes appelées à se succéder dans la jouissance, de sorte que l'usufruitier en second ordre tient son droit directement du constituant, et non, par voie de succession, de l'usufruitier en premier ordre. Aussi n'y a-t-il pas, en pareil cas, de substitution. Cpr. § 694, texte nº 1, et note 6. Duranton, IV, 491. Demolombe, X, 246.

[2] Art. 906, et arg. de cet article. Cpr. Demolombe, X, 247 et 248.

[3] En Droit romain, il était permis de stipuler un droit d'usufruit, tant pour soi que pour ses héritiers. L. 38, § 12, D. *de V. O.* (45, 1). L'on y décidait même

par interprétation de l'intention des parties ou de la volonté du testateur, considérer un pareil usufruit comme successivement établi au profit de la personne appelée en premier ordre, et de ses héritiers déjà nés ou conçus au moment de la convention ou du décès du testateur. Art. 1121.

L'usufruit ne peut être établi en faveur d'une personne morale pour plus de trente ans[4].

Les conditions requises pour la validité des titres destinés à transférer la propriété sont également nécessaires à la validité de ceux qui ont pour objet une constitution d'usufruit. Ainsi, par exemple, les donations en usufruit doivent être faites suivant la forme prescrite par l'art. 931.

Le principe de notre Droit, d'après lequel les biens se transmettent, non-seulement entre les parties contractantes, mais même au regard des tiers, par le seul effet des conventions, et la règle, que nul ne peut transférer à autrui des droits plus solides ou plus étendus que ceux qu'il a lui-même, s'appliquent également, sous les modifications indiquées aux §§ 174 et 176, à la constitution ou à la translation de droits d'usufruit.

Sous l'empire du Code Napoléon, les actes constitutifs ou translatifs de droits d'usufruit, même immobiliers, étaient en général efficaces à l'égard des tiers, indépendamment de leur transcrip-

qu'une pareille stipulation profite, non-seulement aux héritiers du premier degré, mais encore aux héritiers des héritiers à tous les degrés indéfiniment. Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, p. 119 et 122. Ces solutions se comprenaient sous l'empire d'une législation qui n'avait limité la durée de l'usufruit à la vie de l'usufruitier que dans l'intérêt privé du nu-propriétaire (*ne in universum inutiles essent proprietates*, § 1, *Inst. de usuf.*, 2, 4), et qui, d'un autre côté, admettait la possibilité d'une séparation perpétuelle de la jouissance d'avec la propriété, par exemple au moyen de la constitution d'une emphytéose; mais elles sont incompatibles avec l'esprit de notre législation nouvelle, que révèlent bien clairement les art. 530 et 543, et qui, dans des vues d'ordre public, repousse le rétablissement, sous une forme quelconque, de ce que l'on appelait autrefois le *domaine utile*. Demolombe, X, 248. Voy. cep. Proudhon, I, 326 à 328; Duranton, IV, 491; Taulier, II, p. 300.

[4] La nature des droits réels en général, et spécialement celle de l'usufruit, est fixée par la loi, et ne dépend pas de la volonté des particuliers. Art. 543. Proudhon, I, 309. On ne peut donc, par disposition ou convention, déroger à l'art. 619, qui limite à trente années la durée de l'usufruit établi au profit de personnes morales. Marcadé, sur l'art. 617, nº 4. Demolombe, X, 244. Cpr. Rennes, 29 décembre 1836, Sir., 37, 2, 177; Req. rej., 18 janvier 1838, Sir., 38, 1, 147. Voy. en sens contraire: Vazeille, *Des prescriptions*, I, 362; Duranton, IV, 663; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 223; Taulier, II, p. 337.

tion, de telle sorte que toute constitution ultérieure de droits réels sur l'immeuble grevé d'usufruit ne pouvait être opposée à l'usufruitier. Cette règle ne recevait exception que dans le cas où un usufruit immobilier avait été constitué ou transféré par donation entre vifs[5].

Mais l'art. 1er, nº 1, de la loi du 23 mars 1855 ayant soumis à la formalité de la transcription tous les actes entre vifs, translatifs de droits réels susceptibles d'hypothèques, on doit conclure de cette disposition, combinée avec l'art. 2118 du Code Napoléon, que les actes entre vifs, même à titre onéreux, ayant pour objet la constitution ou la transmission d'un usufruit immobilier, ne deviennent aujourd'hui efficaces à l'égard des tiers que par leur transcription, et à dater de l'accomplissement de cette formalité[6]. Il en est de même des jugements qui opèrent transmission d'un usufruit immobilier, ou qui constatent une pareille transmission opérée par convention verbale. Loi du 23 mars 1855, art. 1er, al. 3 et 4.

Les règles développées au § 209, sur la transcription des actes à titre onéreux et des jugements relatifs à la transmission de la propriété immobilière, s'appliquant également aux actes de même nature et aux jugements relatifs à la constitution ou à la translation d'un usufruit immobilier, nous nous bornerons à y renvoyer. Nous renverrons de même au § 704, pour tout ce qui concerne la transcription des actes de donation entre vifs, portant constitution ou translation d'un pareil usufruit.

La formalité de la transcription est, par la force même des choses, étrangère à l'établissement de l'usufruit légal dont s'oc-

[5] Cpr. § 704, texte, lett. *a*.

[6] L'art. 1er, nº 1, de la loi du 23 mars 1855 ne mentionne, il est vrai, que les actes *translatifs* de droits réels susceptibles d'hypothèques. Mais il est évident que, dans l'esprit de la loi, cette expression comprend également les actes *constitutifs* de pareils droits. Flandin, *De la transcription*, I, 352. Mourlon, *De la transcription*, I, 20. — A la différence des actes constitutifs ou translatifs d'usufruit, la simple réserve d'un pareil droit, de la part du vendeur ou du donateur d'un immeuble, n'est pas sujette à une transcription spéciale, et serait opposable aux ayants-cause de l'acquéreur ou du donateur, quand bien même, par fraude ou par erreur, la transcription de l'acte de vente ou de donation dans lequel elle aurait été stipulée, n'en ferait pas mention. En pareil cas, les tiers induits en erreur par une transcription incomplète, n'auraient qu'un recours en dommages-intérêts, soit contre le notaire qui a délivré l'expédition sur laquelle la transcription a été opérée, soit contre le conservateur des hypothèques. Flandin, *op. cit.*, I, 429 à 432. Voy. en sens contraire : Lesenne, *De la transcription* nº 47. Cpr. Rivière et François, *De la transcription*, nº 34.

cupe l'art. 754, et à la jouissance légale des pères et mères[7]. D'un autre côté, elle ne concerne que les actes constitutifs ou translatifs d'un usufruit proprement dit, et ne s'applique, ni au droit de jouissance qui appartient à la communauté sur les biens personnels des époux, ni à celui qui, sous le régime dotal ou sous la clause exclusive de communauté, compète au mari sur les biens dotaux de la femme[8]. Il en serait ainsi dans le cas même où la constitution de dot ne porterait que sur un ou plusieurs immeubles déterminés[9].

[7] Flandin, *op. cit.*, I, 357.

[8] On a dit, à l'appui de cette solution, que les droits de jouissance indiqués au texte sont, comme tout autre usufruit légal, dispensés de transcription d'après leur nature même. Flandin, *op. cit.*, I, 353 et 354. Mais cette idée n'est point exacte, puisque les droits de jouissance dont s'agit ne sont que le résultat de conventions matrimoniales, fondées sur la volonté expresse ou présumée des époux, et que, dans le cas où il existe un contrat de mariage, cet acte serait à la rigueur susceptible de transcription. La raison de décider est que la jouissance compétant, soit à la communauté, soit au mari, ne constitue pas un véritable droit d'usufruit, susceptible d'être vendu, hypothéqué, ou saisi. Cette raison est d'autant plus concluante, que l'art. 1er, nº 1, de la loi du 23 mars 1855 ne soumet pas nommément à la formalité de la transcription les actes constitutifs ou translatifs d'usufruit, et ne les y assujettit qu'en tant qu'ils rentrent dans la catégorie des actes translatifs de droits réels susceptibles d'hypothèque. Voy. en sens contraire : Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, nos 143 et suiv.

[9] MM. Troplong (*De la transcription*, nos 84 à 88) et Mourlon (*De la transcription*, I, 50 et 51) admettent avec nous que la formalité de la transcription n'est pas applicable au droit de jouissance appartenant à la communauté sur les biens personnels des époux, par le motif que cette jouissance ne constitue pas un véritable usufruit. Ils reconnaissent également l'inutilité de la transcription, quant à la jouissance qui compète au mari sur les biens de la femme, mariée sous la clause exclusive de communauté ou même sous le régime dotal, lorsque la constitution de dot porte sur tous ses biens présents ; ils en donnent pour raison que, dans ces hypothèses, les obligations contractées par la femme antérieurement au mariage, et notamment celles qui résultent de ventes immobilières ou de constitutions hypothécaires par elle consenties, étant susceptibles d'être poursuivies sur la pleine propriété de ses biens, le mari ne pourrait, par la transcription du contrat de mariage, mettre son droit de jouissance à l'abri des conséquences de ces poursuites. Mais, partant de l'idée que, dans le cas où la constitution de dot porte sur un ou plusieurs immeubles déterminés, précédemment vendus par la femme, le mari peut, par la transcription du contrat de mariage, rendre inefficaces, en ce qui concerne son droit de jouissance, les ventes non encore transcrites, ces auteurs enseignent qu'il a intérêt à accomplir cette formalité. Nous ne saurions partager cette manière de voir : le motif indiqué à la note précédente s'applique en effet, avec tout autant de force, à l'hypothèse actuelle, qu'à celles d'une constitution de dot générale, ou d'une clause

§ 229.

Des obligations de l'usufruitier avant son entrée en jouissance.

1° L'usufruitier doit, avant son entrée en jouissance, faire dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit. Art. 600.

Lorsque les parties sont majeures, et capables d'exercer leurs droits, cet inventaire et cet état peuvent être faits sous seing privé. Au cas contraire, ils doivent être dressés par un notaire [1]. Les frais de ces actes sont, en général, à la charge de l'usufruitier [2].

Le défaut d'accomplissement de l'obligation dont il vient d'être parlé, n'entraîne pas contre l'usufruitier la déchéance de son droit [3],

exclusive de communauté. Comme nous l'avons fait remarquer, le droit de jouissance du mari sur les immeubles dotaux, même spécialement constitués, n'est pas un droit réel susceptible d'hypothèque, et ne rentre dans aucune des autres espèces de droits dont la constitution ou la transmission se trouve soumise à transcription. On doit conclure de là que le mari n'est pas, quant à son droit de jouissance, à ranger au nombre des tiers dont parle l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855, et que dès lors il n'est pas plus autorisé, pour faire valoir ce droit de jouissance, à exciper du défaut de transcription des actes de vente passés par la femme avant le contrat de mariage, que les tiers ne pourraient, sous ce rapport, lui opposer l'absence de transcription de ce contrat. Le système contraire conduirait à une conséquence à laquelle on ne paraît pas avoir songé, c'est que les ventes consenties par la femme dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage seraient opposables au mari, si elles avaient été transcrites avant la transcription du contrat de mariage; conséquence qui serait en opposition évidente avec la disposition de l'alinéa 4 de l'art. 1558. Nous ajouterons qu'il serait peu équitable que la femme pût, en se constituant en dot des immeubles qu'elle aurait précédemment vendus, paralyser, dans une certaine mesure, les effets de pareilles ventes, par l'établissement d'un droit de jouissance qui, bien que constitué en faveur du mari, n'en doit pas moins tourner à son avantage personnel. Cpr. art. 1540.

[1] Cpr. Code de procédure, art. 941 et suiv. Demolombe, X, 465.

[2] Proudhon, II, 792. Demolombe, X, 461 *bis*. Si cependant l'usufruit portait sur l'universalité ou sur une quote-part du mobilier d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, et qu'ainsi l'inventaire profitât à l'héritier bénéficiaire, les frais devraient en être prélevés sur les biens de la succession. Demolombe, X, 463. Dnranton, IV, 493.

[3] La disposition spéciale de l'art. 1442 ne saurait être étendue à l'usufruit proprement dit, alors même que le nu-propriétaire serait mineur. Proudhon, II, 793. Demolombe, X, 471. Req. rej., 23 février 1836, Sir., 36, 1, 773. Reg. rej., 17 juillet 1861, Sir., 61, 1, 836.

et ne le soumet même pas à la restitution des fruits par lui perçus[4]. Cette omission n'a d'autre effet que de l'exposer à voir établir par commune renommée la consistance du mobilier non inventorié[5], et d'élever contre lui la présomption qu'il a reçu en bon état les immeubles qu'il n'a pas fait visiter[6]. Du reste, il est bien entendu que l'usufruitier peut toujours être contraint, par les voies légales, à l'accomplissement de l'obligation que lui impose l'art. 600[7]; et cela, dans le cas même où il aurait pris possession des biens soumis à l'usufruit, sans opposition de la part du nu-propriétaire[8].

Si un testateur, en faisant un legs d'usufruit, avait dispensé l'usufruitier de dresser inventaire, cette clause ne priverait pas les héritiers, même non réservataires, de la faculté d'y procéder en présence de ce dernier, ou lui dûment appelé[9]. Cette faculté leur appartiendrait, alors même que le testateur aurait défendu de faire inventaire[10]; et l'on devrait considérer comme non avenue toute clause pénale destinée à assurer le maintien de cette défense, notamment la disposition additionnelle ordonnant que, si elle

[4] Nous croyons devoir rétracter l'opinion contraire, que nous avions émise dans nos premières éditions. Cette opinion conduirait à dire que, dans le cas même où l'usufruitier n'aurait apporté aucun retard volontaire à la confection de l'inventaire, il n'en serait pas moins privé des fruits dans l'intervalle de l'ouverture de son droit à la clôture de cet acte, ce qui ne nous paraît pas admissible. Maleville, sur l'art. 600. Duranton, IV, 593. Duvergier, sur Toullier, III, 419, note 6. Marcadé, sur l'art. 600, n° 2. Demolombe, X, 470. Grenoble, 27 mars 1824, Sir., 25, 2, 298. Bastia, 15 juin 1835, Sir., 36, 2, 183. Nîmes, 5 janvier 1838, Sir., 38, 2, 289. Dijon, 2 juillet 1842, Sir., 42, 2, 473. Req. rej., 21 mars 1858, Sir., 58, 1, 458. Voy. en sens contraire : Proudhon, II, 793 à 798; Toulouse, 18 août 1820, Sir., 38, 2, 289, à la note; Toulouse, 29 juillet 1829, Sir., 30, 2, 239.

[5] Arg art. 1415 et 1504. Cpr. § 751, texte *in fine*, et notes 9 à 11. Demolombe, X, 472.

[6] Arg. art. 1731. Toullier, III, 421. Proudhon, II, 794 et 795. Demolombe, X, 479, Nancy, 28 novembre 1824, Sir., 26, 2, 114. Bastia, 15 juin 1835, Sir., 36, 2, 183.

[7] Toullier, III, 419. Proudhon, II, 794. Demolombe, X, 469. Grenoble, 27 mars 1824, Sir., 25, 2, 298.

[8] Civ. cass., 11 janvier 1859, Sir., 59, 1, 225.

[9] Arg. art. 941, cbn. 930 et 909 du Code de procédure. C'est ce qui paraît généralement admis pour le cas de simple dispense. Duranton, IV, 598 et 599. Demolombe, X, 473 et 474. Poitiers, 29 avril 1807, Sir., 7, 2, 647. Bruxelles, 18 décembre 1811, Sir., 12, 2, 145. Bruxelles, 10 juin 1812, Sir., 13, 2, 46. Agen, 22 juin 1853, Sir., 53, 2, 569. Voy. cep. Taulier, II, p. 321.

[10] Proudhon, II, 800 et suiv. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 194. Demolombe, X, 475. Caen, 30 avril 1855, Sir., 56, 2, 228,

n'était pas respectée, le legs d'usufruit serait converti en legs de pleine propriété[11]. La dispense ou la prohibition de faire un inventaire ont seulement pour effet de mettre à la charge des héritiers les frais de celui qu'ils auraient jugé convenable de dresser. Encore de pareilles clauses ne pourraient-elles, même avec cet effet restreint, être opposées aux héritiers réservataires, si elles devaient avoir pour résultat de porter atteinte à leur réserve[12].

2° L'usufruitier doit, avant son entrée en jouissance, fournir caution de jouir en bon père de famille. Art. 601.

Tant qu'il n'a pas satisfait à cette obligation, le nu-propriétaire est, en principe, et sauf les modifications résultant des art. 602 et 603, autorisé à refuser la délivrance des objets soumis à l'usufruit[13]. La circonstance que ce dernier aurait laissé l'usufruitier entrer en possession sans exiger de caution, ne le rendrait pas non recevable à exiger ultérieurement l'accomplissement de cette obligation[14].

Mais le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier de son droit aux fruits à partir du moment où ils lui sont dus, d'après les distinctions qui seront indiquées au paragraphe suivant. Art. 604.

Les règles générales exposées au § 425, sur la manière dont toute personne, légalement tenue de fournir une caution, doit sa-

[11] Une opinion contraire a été émise au sein du Conseil d'État, lors de la discussion sur l'art. 600. Mais cette opinion, qui n'a pas été convertie en disposition législative, ne saurait être admise. De ce que le testateur qui ne laisse pas d'héritiers à réserve, eût été autorisé à donner en pleine propriété les biens dont il n'a disposé qu'en usufruit, il n'est pas permis de conclure qu'il soit également autorisé à priver l'héritier nu-propriétaire de la faculté de prendre les mesures nécessaires pour la conservation de ses droits : *Quod potuit non fecit; fecit quod non potuit*. Ce point une fois admis, il est évident que l'addition d'une clause pénale ne peut pas rendre efficace une prohibition destituée par elle-même de tout effet juridique. Art. 900 et 1227. Proudhon, *loc. cit.* Demante, *Cours*, II, 441 *bis* IV. Demolombe, X, 476. Toulouse, 23 mai 1831, Sir., 32, 2, 322. Voy. cep. Maleville, sur l'art. 600; Merlin, *Rép.*, v° Usufruit, § 2, n° 2; Agen, 3 nivôse an XIV, Sir., 6, 2, 111.

[12] Pau, 24 août 1835, Sir., 43, 1, 481. Bordeaux, 12 avril 1851, Sir., 51, 2, 527.

[13] C'est à tort que Proudhon (II, 814) a voulu tirer de l'art. 604 une induction contraire. De ce que l'usufruitier a droit aux fruits, même avant d'avoir donné caution; il n'en résulte nullement qu'il soit fondé à exiger la remise effective des objets soumis à l'usufruit, sans avoir satisfait à cette obligation. Demolombe, X, 483.

[14] Salviat, I, p. 112 et suiv. Proudhon, II, 815. Demolombe, X, 484.

tisfaire à cette obligation, s'appliquent spécialement à l'usufruitier. Il peut donc remplacer la caution, soit par un gage, soit par d'autres sûretés équivalentes, telles que le dépôt à la caisse des consignations d'une somme d'argent ou d'une inscription de rente[15]. Mais il ne serait pas admis à offrir, en remplacement d'un cautionnement personnel, une constitution hypothécaire, même sur des biens libres[16].

La caution offerte doit présenter une solvabilité suffisante pour répondre, d'une part, de la valeur intégrale du mobilier, et, d'autre part, du montant des dégradations que l'usufruitier pourrait commettre sur les immeubles[17]. C'est d'après les mêmes éléments que se fixe la somme à couvrir par le gage, que fournirait l'usufruitier en remplacement de caution.

Lorsque l'usufruitier se trouve dans l'impossibilité de donner, soit une caution, soit un gage ou une autre sûreté équivalente, les art. 602 et 603 prescrivent, pour la conciliation de ses droits et de ceux du nu-propriétaire, les mesures suivantes :

a. Les immeubles sont donnés à bail sous des conditions de nature à offrir pleine garantie au nu-propriétaire, notamment pour l'exécution des réparations d'entretien ; et ils peuvent même, le cas échéant, être soumis à la gestion d'un séquestre, chargé de faire ces réparations et de remettre à l'usufruitier l'excédant des loyers ou fermages[18].

b. L'argent comptant est employé en achat de rentes sur l'État, ou en placements sur particuliers avec garantie suffisante. Si,

[15] Art. 2041 et arg. de cet article. Cpr. § 425, texte *in fine*. Salviat, I, p. 146. Duranton, IV, 603. Marcadé, sur l'art. 603, n° 1. Taulier, II, p. 322. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 196. Troplong, *Du cautionnement*, n° 592. Ponsot, *Du cautionnement*, n° 386. Demolombe, X, 505. Cpr. Civ. rej., 17 mars 1835, Sir., 36, 1, 855. Voy. en sens contraire : Proudhon, II, 848.

[16] L'hypothèque, dont la complète efficacité est subordonnée au renouvellement décennal de l'inscription prise pour sa conservation, et qui, d'un autre côté, est soumise à de nombreuses causes d'extinction, ne présenterait pas au nu-propriétaire une sécurité aussi entière, aussi exempte de chances de pertes, que la constitution d'un gage. Salviat, Ponsot, Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *opp. et locc. citt.* Proudhon, II, 847. Voy. en sens contraire : Duranton, Marcadé, Taulier, Troplong, Demolombe, *opp. et locc. citt.*; Limoges, 12 mars 1851, Sir., 51, 2, 330.

[17] Salviat, I, p. 127. Proudhon, II, 819 et suiv. Duranton, IV, 602. Marcadé, sur l'art. 601, n° 1. Demolombe, X, 502. Cpr. cep. Taulier, II, p. 322.

[18] Cpr. Salviat, I, p. 145 ; Proudhon, II, 836 ; Demolombe, X, 507 ; Turin, 29 août 1807, Sir., 7, 2, 713.

malgré les précautions prises d'accord entre les parties, la créance venait à se perdre, sans la faute de l'une ni de l'autre, le nu-propriétaire supporterait la perte du capital, et l'usufruitier celle des intérêts[19].

c. Les denrées sont vendues, et le prix en est placé conformément à ce qui vient d'être dit pour l'argent comptant[20].

d. Quant aux meubles qui, sans se consommer, se détériorent peu à peu par l'usage, le nu-propriétaire peut, pour se décharger de l'obligation de les tenir à la disposition de l'usufruitier qui offrirait ultérieurement de fournir caution, exiger qu'ils soient vendus, et que le prix en soit placé comme celui des denrées. Mais cette faculté ne le prive pas du droit de conserver ces objets en nature, et de celui de les retenir tant que l'usufruitier n'aura pas donné caution, sans même être obligé de payer à ce dernier les intérêts de leur valeur estimative[21]. Du reste, quel que soit le parti auquel s'arrête le nu-propriétaire, les tribunaux peuvent, à la demande de l'usufruitier, ordonner, suivant les circonstances, qu'une partie des meubles nécessaires à son usage personnel, lui soit délivrée sous sa simple caution juratoire de les représenter à l'extinction de l'usufruit.

Par exception à la règle qui soumet tout usufruitier à l'obligation de fournir caution, l'art. 601 en dispense le vendeur ou le donateur sous réserve d'usufruit; et cette exception doit être ap-

[19] Chacun des intéressés doit, en effet, supporter la perte de la créance dans la proportion de son droit sur la créance perdue. Demolombe, X, 508. Cpr. cep. Duranton, IV, 606.

[20] Si l'usufruit portait sur un fonds de commerce, il y aurait lieu de procéder, non pas seulement à la vente des marchandises qui le composent, mais encore à la cession du fonds lui-même. Cpr. § 236, texte nº 2.

[21] L'option que nous accordons au nu-propriétaire ressort bien nettement du texte de l'art. 603, qui ne dit pas, comme l'art. 602, que les meubles dont il s'occupe seront vendus, et qui, en se bornant à laisser au nu-propriétaire la faculté d'en exiger la vente, lui reconnaît implicitement celle de les conserver en nature, et par suite le droit d'en refuser la délivrance à l'usufruitier tant que celui-ci, faute de donner caution, n'aura pas rempli la condition sous laquelle il peut exiger cette délivrance. Nous ne pensons même pas que le nu-propriétaire doive en pareil cas à l'usufruitier les intérêts de la valeur estimative des meubles non délivrés, puisque c'est bien moins à titre de jouissance qu'à titre de dépôt qu'il les conserve, et que, d'un jour à l'autre, il pourra être tenu de les extrader sur l'offre de donner caution. Cpr. en sens divers : Salviat, I, p. 141; Proudhon, II, 841; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 198; Demolombe, X, 511 à 513.

pliquée à toute personne qui, en aliénant une chose à un titre onéreux quelconque, par exemple, par échange ou par dation en paiement, s'en est réservé l'usufruit[22]. Mais elle ne saurait être étendue à l'acquéreur ou au donataire de l'usufruit d'un bien dont le vendeur ou le donateur s'est réservé la nue propriété[23].

La loi accorde, en second lieu, la dispense de fournir caution aux pères et mères ayant la jouissance légale des biens de leurs enfants. Cette dispense ne s'applique, ni à l'usufruit constitué, par convention ou par testament, au profit du père ou de la mère, sur les biens de leurs enfants[24], ni à celui que leur confère l'art. 754 sur les biens dévolus aux collatéraux avec lesquels ils se trouvent en concours[25].

Enfin, et en troisième lieu, le mari est, sous le régime dotal, dispensé de plein droit de fournir caution à raison de la jouissance des biens dotaux; et cette exception doit également recevoir application sous la clause simplement exclusive de communauté[26].

La dispense de fournir caution peut aussi être accordée par le titre constitutif de l'usufruit. Art. 601. Il est, en effet, permis à toute personne qui établit un usufruit à titre onéreux ou gratuit, d'affranchir l'usufruitier de cette obligation; et ce, dans le cas même où les biens sur lesquels porte l'usufruit formeraient l'objet d'une réserve héréditaire[27]. Une pareille dispense, qui n'a pas be-

[22] Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 196. Demolombe, X, 490.

[23] Duranton, IV, 610. Duvergier, sur Toullier, III, 422, note *c*. Marcadé, sur l'art. 601. n° 1. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 196. Demolombe, X, 491. Voy. en sens contraire : Proudhon, II, 830.

[24] Maleville, sur l'art. 601. Salviat, I, p. 117. Proudhon, II, 828. Demolombe, X, 488. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 364 et 365.

[25] Cpr. § 597 *bis*, texte et note 7. Chabot, sur l'art. 754, n° 4. Delvincourt, *loc. cit.* Toullier, III, 432. Duranton, IV, 608, et VI, 257, à la note. Demolombe, *loc. cit.*

[26] Art. 1550, et arg. de cet article. Cpr. § 531, texte et note 16.

[27] Cpr. § 679, texte n° 3 et note 5. Outre les autorités citées dans cette note, voy. dans le sens de l'opinion émise au texte : Demante, *Cours*, II, 422 *bis* ; Rouen, 2 février 1855, Sir., 55, 2, 497 ; Paris, 7 avril 1858 et 24 mai 1859, Sir., 58, 2, 521, et 59, 2, 319 ; Pau, 19 janvier 1860, Sir., 60, 2, 366 ; Civ. cass., 26 août 1861, Sir., 61, 1, 829 ; Civ. cass., 12 mars 1862, Sir., 62, 1, 413. Bourges et Pau, 16 décembre et 2 juin 1862, Sir., 63, 2, 28 et 29. Voy. aussi en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1099, n° 4 ; Ponsot, *Du cautionnement*, n° 408; Coin-Delisle, *Des donations*, sur l'art. 1094, n° 12 ; Demolombe, X, 493 ; Ballot, *Revue pratique*, 1857, III, p. 567 ; Fretel, *Revue critique*, 1862, XXI, p. 351 et suiv. ; Rouen, 17 février 1844, Sir., 44, 2, 127 ; Montpellier, 19 novembre 1857, Sir., 58, 2, 611.

soin d'être expresse, peut résulter de l'ensemble des clauses de l'acte constitutif d'usufruit[28].

Si, pendant la durée de l'usufruit, il s'opère dans la position personnelle de l'usufruitier, dispensé de fournir caution, des changements de nature à mettre en péril les droits du nu-propriétaire, si, par exemple, l'usufruitier vient à tomber en faillite ou en déconfiture, le nu-propriétaire est, nonobstant la dispense de donner caution, autorisé à en réclamer une[29]. A plus forte raison le peut-il, lorsque l'usufruitier commet des abus de jouissance, ou donne lieu à de justes soupçons de malversation[30].

Mais la simple transformation des objets soumis à l'usufruit, résultant, par exemple, soit du rachat d'une rente, soit de la vente par licitation ou par expropriation forcée d'un immeuble, ne serait pas suffisante pour autoriser le nu-propriétaire à exiger une caution[31]. Il pourrait seulement, en pareil cas, et à supposer en outre que l'usufruitier, dispensé de fournir caution, ne présentât pas une solvabilité de nature à écarter tout sujet de crainte sérieuse, demander, soit le remploi immédiat du capital de la rente rachetée ou du prix de vente, soit l'établissement de mesures conservatoires destinées à en garantir la restitution lors de la cessation de l'usufruit[32].

En vertu d'une disposition spéciale au cas où un immeuble soumis à l'usufruit est exproprié pour cause d'utilité publique, l'usufruitier, même solvable, ne peut toucher l'indemnité d'expro-

[28] Proudhon, II, 823. Demolombe, X, 494. Bourges, 29 juin 1841, Sir., 45, 2, 500. Bordeaux, 24 juin 1842, Sir., 43, 2, 36. Civ. rej., 10 janvier 1859, Sir., 59, 1, 225.

[29] Arg. art. 1188 et 1913. Proudhon, II, 863 à 868. Demolombe, X, 497 et 498. Cpr. Paris, 6 janvier 1826, Sir., 26, 2, 231.

[30] Arg. *a fortiori*, art. 618. Proudhon et Demolombe, *locc. citt.* Nancy, 17 février 1841, Sir., 44, 2, 162. Req. rej., 21 janvier 1845, Sir., 45, 1, 129. Caen, 19 mai 1854, Sir., 54, 2, 713. Cpr. Douai, 11 janvier 1848, Sir., 48, 2, 437.

[31] La dispense de donner caution équivaut de sa nature à caution ; et comme celui qui a constitué l'usufruit a pu prévoir le rachat de la rente ou la vente de l'immeuble pour les causes indiquées au texte, rien ne prouve que, dans sa pensée, la dispense de caution dût cesser par l'effet seul de ces faits juridiques. Bordeaux, 9 juillet 1846, Sir., 46, 2, 45. Paris, 25 août 1848, Sir., 48, 2, 629. Rouen, 2 février 1855, Sir., 55, 2, 497. Cpr. cep. Bordeaux, 9 août 1845, Sir., 46, 2, 531.

[32] Proudhon, II, 869 et 870. Ponsot, *op. cit.*, nº 409. Demolombe, X, 500. Lyon, 15 janvier 1836, Sir., 36, 2, 230.

priation qu'à charge de donner caution [33]. Les pères et mères ayant la jouissance légale des biens de leurs enfants, sont seuls dispensés de cette obligation. Loi du 3 mai 1841, art. 39.

§ 230.

Des droits de l'usufruitier.

Les dispositions légales relatives aux droits de l'usufruitier s'appliquent, non-seulement au cas où l'usufruit est établi par la loi, mais encore à celui où il est constitué, soit par convention, soit par testament. Toutefois, ces dispositions n'étant dans ce dernier cas que déclaratives de la volonté présumée des parties ou du testateur, elles sont susceptibles de recevoir, par le titre constitutif de l'usufruit, des modifications plus ou moins étendues; et c'est dès lors ce titre qu'il faut consulter d'abord pour déterminer les droits de l'usufruitier [1].

En l'absence de toute modification résultant du titre constitutif, l'usufruitier jouit des droits suivants :

1° Il est autorisé à demander la délivrance des objets sur lesquels porte son droit. Cependant il ne peut former cette demande qu'après avoir satisfait à la double obligation de faire inventaire et de donner caution [2].

D'un autre côté, il doit prendre les objets soumis à l'usufruit dans l'état où ils se trouvent au moment de son ouverture, sans pouvoir exiger que le nu-propriétaire les mette préalablement en bon état de réparations [3]; et il est tenu en outre de respecter les baux consentis par celui qui a constitué l'usufruit [4]. Art. 600.

2° L'usufruitier peut user et jouir des objets sur lesquels porte son droit, comme le propriétaire lui-même. Art. 578.

[33] Cette disposition spéciale, qui soumet l'usufruitier à l'obligation de donner caution pour toucher l'indemnité d'expropriation, sans distinguer entre le cas où il est insolvable et celui où il présente des garanties suffisantes, s'explique par la considération que l'expropriation pour cause d'utilité publique est un fait qui n'entre pas d'ordinaire dans les prévisions des parties ou du disposant.

[1] Toullier, III, 403. Proudhon, II, 886. Demolombe, X, 266. Req. rej., 14 mai 1849, Sir., 49, 1, 475. Toulouse, 31 juillet 1858, Sir., 59, 2, 689.

[2] Cpr. § 229, texte n° 1 ; texte n° 2 et note 13.

[3] Cpr. L. 65, § 1, D. *de usuf.* (7, 1). Proudhon, IV, 1644 et suiv. Toullier, III, 443. Duranton, III, 594. Demolombe, X, 458. Douai, 2 décembre 1834, Sir., 35, 2, 29.

[4] Duvergier, sur Toullier, III, 413, note *a*. Demolombe, X, 551.

L'époque à partir de laquelle l'usufruitier a droit aux fruits, varie suivant que l'usufruit est constitué par acte entre vifs, ou par testament. Au premier cas, le droit aux fruits s'ouvre du jour même de la constitution de l'usufruit, à moins que le titre n'ait reporté l'entrée en jouissance à une époque ultérieure ; et si, par une circonstance quelconque, le nu-propriétaire est resté en possession des objets soumis à l'usufruit, il doit compte à l'usufruitier des fruits qu'il a perçus depuis l'ouverture de la jouissance de ce dernier [5]. Au second cas, l'usufruitier n'a droit aux fruits qu'à partir de la délivrance du legs d'usufruit, volontairement consentie ou judiciairement demandée [6]. Il en est ainsi, alors même qu'il s'agit d'un usufruit portant sur l'universalité ou sur une quote-part d'une succession [7].

L'usufruitier a droit aux fruits pendants par branches ou racines au moment de l'ouverture de sa jouissance; et ce, sans être assujetti à aucune récompense envers le nu-propriétaire pour frais de labours ou de semences. Art. 585. Si ces frais étaient encore dus à des tiers, l'usufruitier devrait sans doute les leur rembourser; mais il serait en droit de les répéter contre le nu-propriétaire [8].

Abstraction faite des fruits que le nu-propriétaire peut avoir à bonifier à l'usufruitier, d'après ce qui a été dit ci-dessus, ce dernier n'acquiert, en fait de fruits naturels, que ceux dont la récolte ou la séparation a eu lieu pendant la durée de sa jouissance [9]. Il n'a droit à aucune indemnité à raison des fruits encore pendants par branches ou racines lors de la cessation de l'usufruit, bien qu'ils fussent arrivés à leur maturité, et qu'il eût été autorisé à les recueillir [10]. Cette règle s'applique même au cas où l'usufruitier

[5] Art. 604 et arg. de cet article. Cpr. § 229, texte nº 1 et note 4 ; texte nº 2.

[6] Cpr. § 721, texte et note 2. Aux autorités citées dans cette note, à l'appui de la proposition émise au texte, il faut encore ajouter les suivantes : Duvergier, sur Toullier, III, 423, note *a ;* Marcadé, sur l'art. 604 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 199 ; Demante, *Cours*, II, 445 *bis ;* Demolombe, X, 517.

[7] En effet, un pareil legs ne constitue toujours qu'un legs à titre particulier. Cpr. § 721, texte et note 3. Limoges, 23 novembre 1840, Sir., 41, 2, 161.

[8] Toullier, III, 402. Proudhon, III, 1150. Duranton, IV, 530. Marcadé, sur l'art. 585, nº 4. Demolombe, X, 373.

[9] Voy. sur la distinction des fruits en naturels et civils, et sur la manière diverse dont s'acquièrent les uns et les autres : § 192, texte nº 3.

[10] La disposition que renferme à ce sujet l'art. 590, en ce qui concerne les coupes de bois, ne doit pas être considérée comme exceptionnelle, mais bien comme une application spéciale du principe posé au texte.

s'est trouvé, par suite de force majeure, dans l'impossibilité de faire la récolte [11]; mais elle cesserait de recevoir application, si l'empêchement avait eu pour cause le fait même du nu-propriétaire, ou une contestation relative à la propriété [12].

Quant aux fruits civils, qui sont réputés s'acquérir jour par jour, indépendamment de leur échéance et du fait de leur perception, ils appartiennent à l'usufruitier dans la proportion de la durée de sa jouissance, et ne lui appartiennent que dans cette mesure. Art. 586. Il est du reste bien entendu que, pour les fruits civils qui ont commencé à courir depuis l'ouverture de l'usufruit, c'est à partir seulement du jour auquel le cours en remonte, que l'usufruitier y a droit dans la proportion de la durée de sa jouissance [13].

L'usufruitier, autorisé à user des choses soumises à son droit, peut les employer à tous les usages auxquels ils sont propres, à charge d'en conserver la substance. Sous cette restriction, il est même en droit de se servir des choses qui, tels que le linge et les meubles meublants, se détériorent peu à peu par l'usage. Lors donc qu'il les représente à la fin de l'usufruit, n'importe dans quel état, il ne doit aucune bonification pour les détériorations qui proviendraient d'un usage normal et régulier, et ne répond que de celles qui auraient été occasionnées par son dol ou par sa faute [14]. Mais aussi, lorsqu'il ne les représente pas, doit-il en payer la valeur au moment de l'ouverture de l'usufruit, à moins de justifier de leur perte totale par cas fortuit [15]. Art. 589 [16].

[11] Salviat, I, p. 93. Proudhon, III, 1178. Duranton, IV, 558. Marcadé, sur l'art. 585, n° 2. Demolombe, X, 369. Voy. cep. Delvincourt, I, p. 355.

[12] Duranton, IV, 558. Demolombe, *loc. cit.*

[13] Les fruits civils qui, aux termes de l'art. 586, s'acquièrent jour par jour, ne peuvent, en effet, s'acquérir que du moment où l'obligation en vertu de laquelle ils sont dus, a pris naissance. Proudhon, II, 923. Duranton, IV, 539. Demolombe, X, 380.

[14] Proudhon, III, 1058 à 1060. Demolombe, X, 302.

[15] C'est ce qui résulte de la discussion au Conseil d'État et de la suppression, opérée à la suite de cette discussion, d'une disposition d'après laquelle l'usufruitier était dispensé de représenter les choses qui se trouvaient entièrement consommées par l'usage (Locré, *Lég.*, VIII, p. 238, n° 13). Delvincourt, I, p. 349 et 350. Proudhon, *loc. cit.* Marcadé, sur l'art. 589. Demolombe, X, 302 *bis*. Cpr. cep. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 172.

[16] Les art. 950, 1063 et 1566 ne contiennent que des applications de la règle posée par l'art. 589. Cpr. § 699, texte *in fine*, et note 14; § 540, texte n° 3 et note 26. Mais il en est autrement de l'art. 453, qui rend les pères et mères virtuellement responsables de la perte, même arrivée par cas fortuit, des meubles qu'ils ont conservés en nature. Voy. § 550 *bis*, texte et note 41.

C'est en vertu de son droit d'usage que l'usufruitier est autorisé à chasser et à pêcher, comme le propriétaire lui-même, sur les terrains soumis à l'usufruit, et dans les eaux où la pêche appartient à ce dernier [17].

Le droit de jouissance de l'usufruitier porte, tant sur les produits qui par eux-mêmes constituent des fruits naturels ou civils, que sur les émoluments auxquels la loi attribue le caractère de fruits. Mais, en général, et sauf les exceptions qui seront ci-après indiquées, il ne s'étend pas au delà. A ces propositions se rattache l'explication des art. 588, 590 à 594, et 598.

a. L'usufruit d'une rente viagère donne à l'usufruitier le droit d'en percevoir les arrérages pendant la durée de sa jouissance, sans être tenu d'en restituer une portion quelconque, dans le cas même où cette rente, constituée sur sa tête, viendrait à s'éteindre avec l'usufruit lui-même [18]. Art. 588.

Une solution analogue doit être admise pour le cas où l'usufruit est établi, soit sur un autre usufruit, soit sur un droit de bail à ferme. L'usufruitier d'un usufruit n'est donc pas tenu de restituer les fruits qu'il a perçus [19], ni l'usufruitier d'un bail à ferme, les produits obtenus par l'exploitation de ce bail [20].

[17] Cpr. § 201, texte nº 1 et note 3. Merlin, *Rép.*, vº Chasse, § 3, nº 7. Salviat, I, p. 265 et suiv. Duranton, IV, 285. Proudhon, III, 1209 et 1211. Demolombe, X, 333 et 335.

[18] Voy. sur les controverses qui s'étaient élevées à ce sujet dans notre ancien Droit : Marcadé, *Revue critique*, 1851, I, p. 444 ; Demolombe, X, 327.

[19] Art. 1568 et arg. de cet art. Cpr. L. 7, § 2, D. *de jur. dot.* (23, 3). Delvincourt, I, p. 350 et 351. Toullier, III, 417. Proudhon, I, 154. Demolombe, X, 329.

[20] Proudhon, I, 367. Montpellier, 13 mars 1856, Sir., 57, 2, 695. Req. rej., 19 janvier 1857, Sir., 59, 1, 421. Voy. en sens contraire : Duranton, III, 372 ; Demolombe, X, 330. Au soutien de leur manière de voir, ces auteurs disent que dans un bail à ferme ce sont les fruits à recueillir par le fermier qui forment la substance de son droit, qu'ainsi l'usufruit établi sur un pareil bail a pour objet ces fruits eux-mêmes, d'où la conséquence ultérieure que, déduction faite des fermages par lui payés et de ses impenses, l'usufruitier est tenu de restituer le surplus du produit des récoltes, et n'est autorisé à retenir que le revenu qu'il s'est procuré au moyen de cet excédant. Mais le point de départ de cette argumentation est, à notre avis, erroné. De ce que le droit du fermier se résout en une perception de fruits, ce n'est pas une raison pour en conclure que les fruits à percevoir forment la matière de son droit, dont l'objet ne consiste réellement que dans une prestation, c'est-à-dire dans l'accomplissement de l'obligation incombant au bailleur de le faire jouir paisiblement de la chose louée pendant toute la durée du bail. La distinction qu'on voudrait établir, au point de vue qui nous occupe, entre les émoluments d'un usufruit et les produits d'un bail à ferme,

Mais il n'en serait plus de même, si l'usufruit portait sur des annuités ou des redevances périodiques, stipulées pour un temps seulement, et constituant ainsi de véritables capitaux; dans ce cas, l'usufruitier n'aurait droit qu'aux intérêts de ces annuités ou redevances [21].

b. Les droits de l'usufruitier sur les forêts, les pépinières, et les arbres fruitiers, ou autres arbres isolés, se déterminent d'après les règles et les distinctions suivantes :

Lorsque l'usufruit porte sur des bois taillis, qui naissent et renaissent périodiquement, plusieurs fois durant la vie de l'homme, les coupes à faire de ces bois constituent de véritables fruits, et l'usufruitier est toujours autorisé à y procéder, peu importe que ces taillis aient été aménagés, ou qu'ils ne l'aient pas été. Au premier cas, il doit observer l'aménagement qu'il trouve établi au moment de l'ouverture de l'usufruit, lors même que cet aménagement n'aurait encore été réalisé que pour une partie de la forêt [22]. Au second cas, il doit en général se conformer, pour le mode d'exploitation, à l'usage suivi par le propriétaire qui a constitué l'usufruit. Que si le mode d'exploitation pratiqué par ce dernier avait été abusif, l'usufruitier devrait suivre l'usage observé par les précédents propriétaires. Enfin, en l'absence d'usage spécialement établi par les propriétaires de la forêt soumise à l'usufruit, il aurait à se conformer à l'usage général des propriétaires possédant dans la même région des fonds de même nature [23].

serait d'autant moins rationnelle, que si l'usufruit constitue un droit réel, tandis que le bail ne confère au fermier qu'un droit personnel, le droit de l'usufruitier ne s'en résout pas moins, tout aussi bien que celui du fermier, en une simple perception de fruits. Nous terminerons en faisant remarquer que les arrêts cités par M. Duranton en faveur de son opinion (Lyon, 26 avril 1822, Sir., 23, 2, 281; et Civ. rej., 7 mars 1824, Sir., 25, 1, 125) ont été rendus dans une espèce où il s'agissait, non pas d'un bail, mais d'un achat de coupes de bois dont la valeur constituait un véritable capital, aux intérêts duquel devait se borner le droit de l'usufruitier.

[21] Demolombe, X, 330 *bis*. Rouen, 19 juillet 1837, Sir., 39, 2, 120.

[22] Paris, 22 juillet 1812, Sir., 12, 2, 401.

[23] Cpr. en sens divers sur les propositions énoncées au texte : Proudhon, III, 1169 à 1174; Duranton, IV, 546 à 550; Taulier, II, p. 303 et 304; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 173 et 174; Demolombe, X, 390 à 394. Notre interprétation de l'art. 590 est fondée sur cette idée que le législateur, en disant : « l'usufruitier est tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes, conformément à « l'usage constant *des propriétaires* », a sans doute voulu principalement désigner, sous cette dernière expression, les propriétaires mêmes de la forêt soumise

Art. 590, al. 1. L'usufruitier a le droit de prendre dans les taillis les chablis, les arbres morts ou coupés en délit, bien que l'époque de leur coupe ne soit point encore arrivée[24]. Mais il n'est pas, en général, autorisé à exploiter les baliveaux, soit anciens, soit modernes, réservés lors des coupes du taillis[25]. Cette règle ne reçoit exception qu'au cas où les anciens propriétaires étaient eux-mêmes dans l'usage constant de couper, à des époques périodiques, un certain nombre de ces arbres[26].

A la différence des taillis, les bois de haute futaie sont, en principe, à considérer comme un capital placé en réserve par le propriétaire, et ne donnent des revenus périodiques, assimilables à des fruits, qu'autant qu'ils ont été mis en coupes réglées. C'est dans cette hypothèse seulement que l'usufruitier est autorisé à les exploiter, en se conformant d'ailleurs à l'aménagement établi par les anciens propriétaires. Art. 591. En l'absence d'aménagement, il lui est généralement interdit de toucher aux bois de haute futaie; et il ne lui est pas même permis de s'approprier, soit les arbres arrachés ou brisés par accident, soit les arbres morts. La loi lui accorde cependant la faculté de les employer aux réparations dont il est tenu, et même celle d'abattre les arbres nécessaires pour cet objet, à charge d'en faire constater la nécessité avec le nu-propriétaire. Art. 592[27]. Elle lui accorde également le droit de prendre, dans les futaies non aménagées, des échalas pour les vignes faisant partie du domaine soumis à l'usufruit; et cette disposition doit s'étendre aux tuteurs destinés à soutenir les arbres fruitiers[28]. Art. 593.

Du reste, l'usufruitier d'une forêt, soit de taillis, soit de futaie, aménagée ou non aménagée, est autorisé à y exercer le parcours

à l'usufruit, mais qu'il n'a pas entendu les indiquer d'une manière exclusive, comme il l'a fait dans l'art. 591, en se servant des termes *les anciens propriétaires*.

[24] Arg. *a contrario*, art. 592. Proudhon, III, 1176. Taulier, II, p. 306. Demolombe, X, 398.

[25] Proudhon, III, 1186 à 1190. Demolombe, III, 420 *bis*. Agen, 14 juillet 1836, Sir., 36, 2, 570. Req. rej., 14 mars 1838, Sir., 38, 1, 741.

[26] Orléans, 14 juin 1849, Sir., 49, 2, 531. Cpr. Riom, 19 juillet 1862, Sir., 63, 2, 29.

[27] Il résulte des dispositions de cet article que l'usufruitier ne pourrait plus, comme l'y autorisait la loi 12, *proe.*, D. *de usuf.* (1, 7), employer les châblis à son chauffage, ni, à plus forte raison, couper pour cet objet des arbres sur pied, ainsi que l'enseignaient plusieurs de nos anciens auteurs de Droit coutumier. Demolombe, X, 413 et 415 *ter*.

[28] Demolombe, X, 411.

et la glandée, et à y recuillir les fruits et les produits périodiques des arbres. Art. 593.

L'usufruitier d'une pépinière est en droit d'extraire les sujets qu'on peut en tirer sans la dégrader, à la charge de se conformer à l'usage des lieux pour leur remplacement. Art. 590, al. 2.

Les arbres fruitiers, autres que ceux qui croissent spontanément dans les forêts [29], appartiennent à l'usufruitier, lorsqu'ils meurent ou qu'ils viennent à être arrachés ou brisés par accident, à charge d'en opérer le remplacement. Art. 594. Cette disposition semble devoir s'appliquer par analogie aux arbres isolés que l'on est dans l'habitude d'élaguer ou d'émonder périodiquement, tels que les saules et les peupliers [30].

c. Pour déterminer les droits de l'usufruitier sur les mines, minières, carrières et tourbières qui se trouvent dans le fonds soumis à l'usufruit, il faut, suivant l'art. 598, distinguer l'hypothèse où l'exploitation a déjà commencé et l'hypothèse contraire [31].

L'usufruitier a le droit de jouir, comme le propriétaire lui-même, des mines, minières, carrières et tourbières en exploitation lors de l'ouverture de l'usufruit. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une mine proprement dite, concédée au propriétaire du sol, il est autorisé à en continuer l'exploitation, sans avoir besoin d'une nouvelle concession [32]. Que si la mine avait été concédée à un tiers, il aurait le droit de percevoir la redevance due par le concessionnaire [33].

[29] Proudhon, III, 1175 et 1199. Demolombe, X, 425.

[30] Salviat, I, p. 252. Taulier, II, p. 307. Voy. cep. Demolombe, X, 424.

[31] La question de savoir si l'exploitation est à considérer comme étant ou non commencée, est une question de fait et d'intention. Cpr. à cet égard : Proudhon, III, 1206 ; Demolombe, X, 432 ; Lyon, 1er juillet 1840, Sir., 41, 2, 34 ; Lyon, 24 mai 1853, Sir., 54, 2, 727.

[32] Suivant la législation en vigueur à l'époque où le Code Napoléon a été décrété, les concessions de mines étaient purement personnelles, et les successeurs des concessionnaires n'étaient admis à continuer l'exploitation qu'en vertu d'une autorisation spéciale du gouvernement. Voy. arrêté du 3 nivôse an VI. C'est à cette législation que se réfère la disposition finale de l'art. 598, qui est devenue sans objet depuis les changements introduits par la loi du 21 avril 1810. Aux termes de l'art. 7 de cette loi, la concession donne, en effet, la propriété perpétuelle de la mine, qui est dès lors disponible, transmissible, et susceptible d'être grevée d'usufruit, à l'instar de tous autres biens. Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1201. Duranton, IV, 568. Marcadé, sur l'art. 598, à la note. Taulier, II, 309. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 186. Demolombe, X, 435. Voy. en sens contraire : Proudhon, *Du domaine privé*, II, 767 à 772 ; Salviat, 1, p. 289.

[33] Proudhon, III, 1206. Duranton, IV, 569. Demolombe, X, 436.

L'usufruitier au contraire n'a, comme tel, aucun droit sur les mines non encore ouvertes au moment de son entrée en jouissance. Si donc il venait à obtenir la concession d'une mine comprise dans un terrain soumis à l'usufruit, il ne pourrait l'exploiter, en qualité de concessionnaire, qu'à charge de payer au propriétaire du sol la redevance qui lui est due; et si la concession avait lieu au profit d'un tiers, ce serait au nu-propriétaire, et non à l'usufruitier, que reviendrait cette redevance [34]. Ce dernier n'aurait droit, en pareil cas, qu'à une indemnité de non-jouissance pour le dommage que la recherche ou l'exploitation de la mine aurait causé à la surface du terrain [35].

Les règles qui viennent d'être développées s'appliquent aux minières, aussi bien qu'aux mines proprement dites, sans qu'il y ait même à distinguer entre les minières renfermant du minerai d'alluvion et les autres [36]. Elles s'appliquent également aux tourbières et carrières, avec ce tempérament toutefois, que l'usufruitier pourrait extraire du sol les pierres nécessaires aux réparations dont il est tenu [37].

Le droit d'usage et de jouissance compétant à l'usufruitier s'étend à tous les accessoires dépendant, lors de l'ouverture de l'usufruit, des objets qui s'y trouvent soumis. Art. 597.

Le droit de l'usufruitier s'applique même aux alluvions qui se forment pendant la durée de sa jouissance. Art. 596. Mais il ne s'étend pas aux autres accroissements que reçoit, par suite d'ac-

[34] Proudhon, *loc. cit.* Duranton, IV, 572. Taulier, II, p. 310. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 188. Demolombe, X, 437. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 358.

[35] Proudhon et Demolombe, *locc. citt.* Lyon, 24 mai 1853, Sir., 54, 2, 727.

[36] On a voulu prétendre que, les maîtres de forges étant, en vertu des art. 59 et 60 de la loi du 21 avril 1810, autorisés à exploiter, au lieu et place du propriétaire du sol, les minières renfermant du minerai d'alluvion qu'il refuserait d'extraire, l'usufruitier se trouve par cela même autorisé à procéder à cette extraction. Voy. Delvincourt, I, p. 359; Duranton, IV, 573. Mais cette conclusion ne nous paraît nullement justifiée. De ce que le nu-propriétaire peut, à la demande des maîtres de forges, être tenu, soit d'exploiter de pareilles minières, soit d'en abandonner l'exploitation à ces derniers, il n'en résulte pas que l'usufruitier puisse s'attribuer des produits auxquels l'art. 598 lui refuse toute participation. Son droit se réduit donc encore à réclamer, suivant les cas, une indemnité pour privation de jouissance. Taulier, II, p. 311. Demante, *Cours*, II, 438 *bis*, Demolombe, X, 458.

[37] Arg. art. 592. Proudhon, III, 1204 et 1208. Taulier, II, p. 311. Demante, *Cours*, II, 438 *bis*. Demolombe, X, 433.

cession, l'objet grevé d'usufruit [38]. Ainsi, l'usufruitier d'un fonds riverain d'un cours d'eau n'a aucun droit de jouissance à exercer, ni sur les îles et îlots qui se formeraient dans ce cours d'eau [39], ni sur la portion de terrain que la force subite des eaux viendrait réunir à ce fonds par simple adjonction [40]. Il en serait ainsi, dans le cas même où l'usufruit porterait sur la succession d'une personne décédée [41]. Du reste, la règle que l'usufruit ne s'étend pas aux accroissements, ne forme aucun obstacle à ce que l'usufruitier exerce, dans le cas prévu par l'art. 563, son droit de jouissance sur la portion de l'ancien lit attribuée au propriétaire du terrain nouvellement occupé par les eaux [42].

Enfin, l'usufruitier n'a, comme tel, aucun droit, soit de propriété, soit de jouissance, sur le trésor découvert pendant la durée de l'usufruit. Art. 598, al. 2.

3° L'usufruitier, appelé à jouir comme le propriétaire, est par cela même autorisé à faire en général tous les actes d'administra-

[38] Arg. *a contrario*, art. 596. Cet article, en effet, ne renferme qu'une exception fondée sur la difficulté qu'il y aurait à déterminer, d'une manière précise, les limites du fonds à l'époque où l'usufruit s'est ouvert. Cpr. L. 9, § 4, D. *de usuf.* (7, 1). On ne peut donc en tirer aucun argument d'analogie; et l'on doit, tout au contraire, appliquer ici la règle *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.*

[39] Maleville, sur l'art. 596. Delvincourt, I, p. 359. Duvergier, sur Toullier, III, 416. Proudhon, II, 524. Marcadé, sur l'art. 596, n° 1. Demolombe, X, 158 et 334. Voy. en sens contraire : Duranton, IV, 421 et 580; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, p. 311.

[40] Proudhon, II, 527. Voy. en sens contraire : Demolombe, X, 112 *bis* et 333. En invoquant à l'appui de son opinion l'art. 597, notre savant collègue ne paraît pas avoir remarqué que cet article, qui ne s'occupe que des accessoires déjà existants lors de l'ouverture de l'usufruit, est complétement étranger aux accessions survenues pendant sa durée.

[41] Voy. en sens contraire : Demolombe, X, 333. La distinction que le savant auteur établit entre le cas où l'usufruit porte sur des objets particuliers et celui où il s'exerce sur une hérédité, distinction dont on ne trouve aucune trace dans la loi, est, à notre avis, inexacte en doctrine. Les accroissements dont il s'agit au texte entrent comme acquisitions nouvelles dans le patrimoine de l'héritier nu-propriétaire, et ne sauraient être considérés comme venant s'ajouter au patrimoine de la personne à laquelle il a succédé, patrimoine qui, à partir de l'ouverture de la succession, s'est trouvé confondu dans celui de cet héritier.

[42] En effet, dans le cas prévu par l'art. 563, il s'agit bien moins d'un accroissement que d'une simple indemnité, qui doit être attribuée à l'usufruitier et au nu-propriétaire, à proportion des droits que chacun d'eux avait dans le fonds nouvellement occupé par les eaux. Proudhon, II, 530, et V, 2551. Taulier, II, p. 311. Demolombe, X, 168.

tion que pourrait passer ce dernier, sans cesser de jouir en bon père de famille[43].

Ainsi, il peut donner à ferme ou à loyer les biens ruraux et les maisons ou autres bâtiments faisant partie de l'usufruit[44], en se conformant toutefois, pour la durée des baux et l'époque de leur renouvellement, aux règles établies par les art. 1429 et 1430[45]. Art. 595. Sous cette réserve, les baux par lui passés sont obligatoires pour le nu-propriétaire, même après la cessation de l'usufruit, à moins que ce dernier ne soit à même de prouver qu'ils ont été faits en fraude de ses droits[46]. Au contraire, les baux consentis par l'usufruitier en dehors des conditions déterminées par les art. 1429 et 1430, ne sont pas opposables au nu-propriétaire[47]. Mais l'annulation n'en pourrait être demandée pour ce motif, ni par l'usufruitier lui-même, ni par le preneur[48]. Celui-ci n'aurait même, dans le cas où le nu-propriétaire refuserait d'exécuter de pareils baux, aucun recours à exercer contre l'usufruitier, qui d'ailleurs ne se serait pas personnellement soumis à l'obligation de garantie[49].

[43] Cpr. Civ. cass., 21 juillet 1818, Sir., 18, 1, 375.

[44] Les termes *donner à ferme* dont se sert l'art. 595, ne doivent pas être pris dans le sens restreint que leur attribue l'art. 1711, mais dans le sens large suivant lequel ils s'appliquent aux baux de toute espèce d'immeubles. Cela résulte bien nettement de l'art. 602, et n'a jamais fait de doute dans la pratique. Demolombe, X, 347.

[45] Voy. pour l'interprétation de ces articles : § 113, texte nº 5 et notes 52 à 55; § 510, texte nº 3 et notes 12 à 16.

[46] Toullier, XII, 408. Proudhon, III, 1219. Troplong, *Du louage*, I, 155. Taulier, II, p. 313. Demolombe, X, 350, 354 et 354 *bis*. Cpr. Lyon, 24 juin 1854, et Douai, 6 juin 1854, Sir., 55, 2, 74 et 75. — Il est du reste bien entendu que, si l'usufruitier avait reçu, lors de la passation du bail, un pot de vin ou des deniers d'entrée, il ne pourrait retenir ces valeurs, qui devraient être réparties sur toutes les années du bail, que dans la proportion de la durée de sa jouissance. Proudhon, II, 999. Demolombe, X, 353.

[47] Demolombe, X, 352. Cpr. Metz, 29 juillet 1818, Sir., 19, 2, 53.

[48] Duvergier, *Du louage*, 1, 41. Taulier, II, p. 313. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 180. Demolombe, X, 356. Douai, 18 mars 1852, Sir., 52, 2, 337. Voy. cep. Duranton, IV, 587. Suivant cet auteur, le bail consenti par l'usufruitier en dehors des conditions établies par les art. 1429 et 1430, ne serait pas, après la cessation de l'usufruit, obligatoire pour le preneur. Il nous paraît, au contraire que, tout en dépassant ses pouvoirs, l'usufruitier n'en lie pas moins le preneur envers le nu-propriétaire, puisque c'est en stipulant pour lui-même qu'il stipule éventuellement pour ce dernier, et qu'on se trouve précisément ici dans un des cas exceptionnels où l'art. 1121 admet la stipulation pour autrui.

[49] Arg. art. 1560, al. 2, 1599 et 1997. Cpr. L. 9, § 1, D. *loc. cond.* (19, 2). Le

L'usufruitier est également autorisé à louer ceux des meubles compris dans l'usufruit que le fait même de leur location n'exposerait pas à de plus grands dangers de détérioration. Mais son droit d'administration étant restreint par le principe, qu'il doit jouir comme le propriétaire et en bon père de famille, il ne pourrait louer les meubles dont l'usage entraîne un prompt dépérissement, à moins que, d'après leur nature ou leur affectation précédente, ils ne fussent destinés à être loués. Si, en dehors de cette exception, l'usufruitier avait donné en location des meubles sujets à se détériorer rapidement par l'usage, ce fait pourrait, suivant les circonstances, être considéré comme constituant de sa part un abus de jouissance, et motiver contre lui l'application de l'art. 618[50]. Du reste, les locations de meubles ne peuvent, dans le cas même où l'usufruitier se trouvait en droit de les consentir, être opposées au nu-propriétaire après la cessation de l'usufruit[51].

De même que l'usufruitier a le droit de louer les immeubles soumis à l'usufruit, de même aussi il est autorisé à vendre les récoltes de l'année, pendantes par branches ou racines, et les bois pour lesquels l'époque de la coupe est arrivée. Une pareille vente, d'ailleurs faite sans fraude, est opposable au nu-propriétaire, alors même que la totalité des récoltes ou des bois vendus se trouvait encore sur pied lors de la cessation de l'usufruit[52]; mais, dans ce cas, le prix appartiendrait pour le tout au nu-propriétaire. Que si la récolte ou la coupe avait été faite pour partie seulement, le prix se partagerait entre l'usufruitier ou ses héritiers et le nu-propriétaire, en proportion des produits déjà détachés ou coupés,

preneur, ayant participé à la faute commise par l'usufruitier, ne saurait trouver dans cette faute un principe d'action contre ce dernier, et doit s'imputer le préjudice qu'il éprouve. Proudhon, III, 1220. Demolombe, X, 357. Cpr. Caen, 11 août 1825, Sir., 26, 2, 310.

[50] Cpr. Proudhon, III. 1061 à 1075; Duranton, IV, 578; Marcadé, sur l'art. 589, nº 1, et sur l'art. 595, nº 3; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 182; Demolombe, X, 298 et 299.

[51] La disposition de l'art. 695 ne concernant que les baux d'immeubles, on retombe, en ce qui concerne les locations mobilières, sous l'application de la règle *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Marcadé, sur l'art. 595, nº 3. Demolombe, X, 300.

[52] Toullier, III, 401. Duranton, IV, 554. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 181. Taulier, II, p. 303. Demante, *Cours*, II, 434 *bis* IV. Demolombe, X, 359. Civ. cass., 21 juillet 1818, Sir., 18, 1, 375. Voy. en sens contraire : Proudhon, II, 991 et 995; Marcadé, sur l'art. 585, nº 6.

et de ceux qui étaient encore sur pied, au moment de l'extinction de l'usufruit[53].

Lorsque l'usufruit porte sur des créances ou des rentes, l'usufruitier est, en vertu de son droit d'administration, autorisé non-seulement à en recevoir, mais encore à en poursuivre, le cas échéant, le remboursement ou le rachat. Il n'a pas même besoin, à cet effet, du concours du nu-propriétaire, qui ne serait pas en général admis à contester la validité des paiements faits entre les mains de l'usufruitier, lors même que ce dernier serait devenu insolvable[54]. Seulement le nu-propriétaire pourrait, si l'usufruitier avait été dispensé de fournir caution, et si le dérangement de ses affaires donnait lieu de craindre que le capital remboursé ne fût compromis entre ses mains, demander à la justice des mesures conservatoires pour en garantir la restitution à la cessation de l'usufruit[55]. Du reste l'usufruitier, qui ne devient pas propriétaire des rentes ou des créances soumises à son usufruit, ne peut en disposer par voie de cession ou de novation[56].

4° Quoique l'usufruitier n'ait pas le pouvoir de disposer par vente ou cession des objets corporels ou incorporels compris dans son usufruit, il est cependant autorisé à céder son droit d'usufruit lui-même[57], ou à l'hypothéquer en tant qu'il porte sur des immeubles susceptibles d'hypothèque. Art. 595 et 2118.

Une pareille cession ou constitution d'hypothèque n'a d'effet que pendant la durée de l'usufruit. Mais aussi la cession profite-t-elle,

[53] Voy. sur ces deux propositions, les autorités citées à la note précédente.

[54] Proudhon, III, 1031, 1044 à 1047. Duvergier, sur Toullier, III, 296, note *a*. Demolombe, X, 323. Nancy, 17 février 1844, Sir., 44, 2, 162.

[55] Proudhon, III, 1048 et 1049. Ponsot, *Du cautionnement*, nos 409 et suiv. Demolombe, X, 324. Nancy, 17 février 1844, Sir., 44, 2, 162. Cpr. Req. rej., 14 mai 1849, Sir., 49, 1, 475.

[56] Proudhon, III, 1054. Demolombe, X, 321. Bordeaux, 19 avril 1847, Sir., 48, 2, 183.

[57] D'après le texte même de l'art. 595, ce n'est pas seulement l'exercice de son droit, mais son droit lui-même que l'usufruitier est autorisé à céder. Il en résulte, par exemple, que le cessionnaire d'un droit d'usufruit peut l'hypothéquer, et que ses créanciers peuvent le saisir. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 183. Demolombe, X, 362. Cpr. Proudhon, II, 894; Demante, *Programme*, I, 601; Taulier, II, p. 312. Bien que ces derniers auteurs semblent enseigner que la cession porte plutôt sur les émoluments utiles de l'usufruit que sur ce droit lui-même, ils n'énoncent cette idée qu'au point de vue de l'extinction de l'usufruit, dont la durée reste effectivement la même malgré la cession; au fond, leur opinion n'est donc pas contraire à notre doctrine.

dans cette limite, aux héritiers du cessionnaire décédé avant l'extinction de l'usufruit[58].

L'usufruitier qui a cédé son droit, n'en reste pas moins personnellement tenu envers le nu-propriétaire de toutes les obligations qui lui incombent en cette qualité[59]; et la caution qu'il a fournie ne se trouve même pas, à raison de ce fait, libérée de plein droit de son engagement pour l'avenir[60].

De ce que le droit d'usufruit est susceptible d'être cédé, il résulte que les créanciers de l'usufruitier peuvent le saisir et le faire vendre. Toutefois, le nu-propriétaire serait autorisé à s'opposer à la saisie, si elle portait sur des meubles dont la location par l'usufruitier constituerait un abus de jouissance[61].

5° L'usufruitier jouit, pour faire reconnaître son droit en lui-même, d'une action analogue à la revendication, et qu'on nomme *action confessoire*. Il jouit également des actions en bornage et en partage; mais le bornage ou le partage opéré sans le concours du nu-propriétaire ne pourrait être opposé à celui-ci, et n'aurait, en ce qui le concerne, qu'un caractère provisionnel[62].

D'un autre côté, l'usufruitier peut exercer toutes les actions ayant pour objet la réalisation des droits sur lesquels porte son usufruit. C'est ainsi que l'usufruitier d'un prix de vente peut, à défaut du paiement de ce prix, provoquer la résolution de la vente[63]. C'est ainsi encore que l'usufruitier d'une créance quel-

[58] Proudhon, II, 894 et 895. Taulier, II, p. 312. Demolombe, *loc. cit.*

[59] Proudhon, II, 896. Duranton, IV, 585. Demolombe, X, 363.

[60] Voy. en sens contraire : Proudhon, II, 851 et suiv.; Demolombe, X, 363 *bis*. A l'appui de leur manière de voir, ces auteurs invoquent principalement l'art. 2015, aux termes duquel on ne peut étendre le cautionnement au delà des limites dans lesquelles il a été contracté. Mais, en demandant à la caution l'exécution des obligations qui incombent à l'usufruitier, et auxquelles ce dernier n'a pas pu se soustraire par la cession de l'usufruit, le nu-propriétaire n'excède nullement les limites du cautionnement. Les auteurs que nous combattons sont, à notre avis, inconséquents, en admettant tout à la fois que l'usufruitier reste obligé, et que la caution se trouve dégagée. Nous reconnaissons bien qu'en cas de cession de l'usufruit, la caution pourrait demander sa libération pour l'avenir, sauf au nu-propriétaire à exiger une nouvelle caution de l'usufruitier; mais nous ne saurions admettre que son engagement s'éteigne de plein droit, par suite d'un fait auquel le nu-propriétaire est resté complétement étranger, et qui peut-être n'est pas même parvenu à sa connaissance.

[61] Cpr. texte n° 3 et note 50 *supra*; Demolombe, X, 298; Paris, 3 août 1857, Sir., 57, 2, 561. Voy. cep. Rennes, 21 mai 1835, Sir., 36, 2, 157.

[62] Cpr. § 199, texte et note 10. Proudhon, III, 1243 à 1245.

[63] Proudhon, III, 1415 et suiv.

conque est admis à former, le cas échéant, l'action paulienne contre les actes faits par le débiteur en fraude de la créance. A plus forte raison peut-il faire valoir toutes les sûretés, telles que les priviléges, hypothèques, ou cautionnements, formant des accessoires de la créance sur laquelle porte son usufruit.

Au contraire l'usufruitier, même de la totalité ou de quote-part d'une succession, n'a pas l'exercice des actions qui tendraient à faire rentrer dans l'hérédité du constituant des biens qui ne s'y trouvaient plus au moment de l'ouverture de l'usufruit. Il en est ainsi notamment de l'action en réméré, et de celle en rescision pour cause de lésion. Mais si de pareilles actions avaient été formées par l'héritier nu-propriétaire, l'usufruitier serait autorisé à exercer son droit sur les objets qui, par suite de l'admission de ces actions, devraient être considérés comme ayant toujours été compris dans le patrimoine du constituant, à la charge, bien entendu, de faire à l'héritier l'avance des sommes que celui-ci aurait à rembourser, ou de lui en bonifier les intérêts pendant la durée de l'usufruit[64].

L'usufruitier peut également, pour s'assurer l'exercice paisible de son droit, former les diverses actions possessoires que le nu-propriétaire serait autorisé à intenter[65].

Les jugements que l'usufruitier a obtenus, soit au pétitoire, soit au possessoire, profitent au nu-propriétaire, à la conservation des droits duquel il est tenu de veiller[66]. Mais les jugements rendus contre l'usufruitier seul ne peuvent être opposés au nu-propriétaire, puisqu'il n'est pas autorisé à compromettre les droits de ce dernier[67]. D'un autre côté, l'usufruitier est admis à former tierce opposition aux jugements rendus contre le nu-propriétaire seul, sans être tenu de prouver l'existence d'une collusion frauduleuse entre ce dernier et les tiers qui ont obtenu ces jugements[68]. De la combinaison de ces deux dernières propositions, il suit que les tiers actionnés, soit par l'usufruitier, soit par le nu-proprié-

[64] Proudhon, III, 1397 à 1414.

[65] Cpr. § 185, texte nº 2 ; § 187, texte nº 1 et note 4.

[66] Le même principe s'applique, à plus forte raison, aux actes conservatoires faits par l'usufruitier. Req. rej., 7 octobre 1813, Sir., 15, 2, 143.

[67] Proudhon, I, 37 à 39. Cpr. § 769, texte nº 3 et note 38.

[68] Proudhon, III, 1298. Décret en Conseil d'État du 24 mars 1853, Sir., 54, 2, 75.

taire, peuvent demander, au premier cas, la mise en cause du nu-propriétaire, et, au second, celle de l'usufruitier.

§ 231.

Des obligations de l'usufruitier pendant la durée de sa jouissance.

1° L'usufruitier est tenu de conserver la substance de la chose soumise à son droit. Et l'on doit entendre ici par *substance*, non-seulement la matière dont se compose la chose, mais encore sa forme constitutive et sa manière d'être particulière. Ainsi, l'usufruitier ne peut convertir une terre arable en bois, ni une vigne en terre arable[1]. Ainsi encore, il ne peut pas davantage changer la configuration extérieure d'une maison, ni même en général sa distribution intérieure[2].

Mais l'usufruitier est autorisé à faire les modifications qui, sans altérer la forme propre de la chose, tendraient seulement à l'améliorer ou à en augmenter la valeur[3].

2° L'usufruitier doit jouir en bon père de famille, et comme le ferait le propriétaire lui-même, eu égard à l'usage auquel la chose grevée d'usufruit se trouvait précédemment affectée. Art. 601. De ce principe découlent une série de conséquences, dont voici les principales :

L'usufruitier ne peut employer les objets soumis à son droit qu'aux usages auxquels leur nature les rend propres.

Lorsque ces objets ont reçu une affectation spéciale, il doit la respecter. Ainsi, par exemple, il ne peut donner à une hôtellerie une destination nouvelle, ni réciproquement convertir en hôtellerie une maison d'habitation[4].

Il doit s'abstenir de tout acte d'exploitation ou de jouissance qui tendrait à augmenter momentanément l'émolument de son droit, en diminuant pour l'avenir la force productive des choses soumises à l'usufruit.

[1] Proudhon, III, 1472. Demolombe, X, 454. Voy. cep. Orléans, 6 janvier 1848, Sir., 48, 2, 281.

[2] Proudhon, III, 1113. Marcadé, sur l'art. 578, n° 2. Demolombe, X, 224, 225, 442 à 448.

[3] Arg. art. 599, al. 2. Cpr. L. 13, §§ 4 et 7, D. *de usuf.* (7, 1). Proudhon, III, 1111 et 1432. Demolombe, X, 452 et 453.

[4] Demolombe, X, 449. Voy. cep. Lyon, 20 janvier 1844, Sir., 44, 2, 207; Req. rej., 8 août 1845, Sir., 45, 1, 606.

3° L'usufruitier est tenu de veiller à la garde et à la conservation des objets compris dans l'usufruit. Sa responsabilité à cet égard se détermine d'après les règles du Droit commun, telles qu'elles sont exposées au § 308[5]. Les dispositions de l'art. 1733, relatives à la responsabilité du locataire en cas d'incendie, ne sont point, en tant qu'elles restreignent le cercle des justifications de ce dernier, applicables à l'usufruitier, qui est admis à établir par tous moyens de preuve que l'incendie du bâtiment soumis à l'usufruit a eu lieu sans sa faute[6]. D'un autre côté, l'usufruitier n'est pas responsable de l'incendie arrivé par la négligence de son locataire, même insolvable, si d'ailleurs il ne s'est personnellement rendu coupable d'aucune faute[7].

L'usufruitier d'un bâtiment, quoique tenu de veiller à sa conservation, n'est pas obligé de le faire assurer contre l'incendie; et s'il ne l'avait pas fait, le nu-propriétaire n'aurait, à raison de cette omission seule, aucun recours à exercer contre lui, en cas de sinistre. Que si l'usufruitier avait fait assurer le bâtiment soumis à son droit, l'indemnité à recevoir en cas d'incendie ne lui appartiendrait que pour la jouissance, et devrait à la cessation de l'usufruit être restituée au nu-propriétaire, sous la déduction toutefois des primes payées par l'usufruitier[8].

C'est en vertu de l'obligation qui incombe à l'usufruitier de veiller à la conservation de la chose grevée d'usufruit, que l'art. 614 lui impose le devoir de dénoncer au nu-propriétaire les usurpations que des tiers commettraient au préjudice des droits de ce dernier, et les autres atteintes qu'ils pourraient y porter, sous peine d'en être personnellement responsable.

4° L'usufruitier doit faire exécuter à ses frais les réparations d'entretien. Il est même tenu des grosses réparations, lorsque les

[5] Art. 601. Cpr. § 308, texte n° 2, notes 19 et 20. Demolombe, X, 626 et 627.

[6] Cpr. § 337, texte et note 20. Proudhon (III, 1540, et IV, 1563) et M. Demolombe (X, 628) vont plus loin encore. Partant de l'idée, erronée selon nous, que l'incendie doit de sa nature être rangé dans la classe des cas fortuits, ces auteurs enseignent que c'est au propriétaire à prouver que l'incendie a eu lieu par la faute de l'usufruitier.

[7] Proudhon, IV, 1569. Demolombe, X, 629.

[8] L'assurance ne devant jamais être pour l'assuré une source de bénéfice, l'usufruitier ne peut assurer la propriété elle-même que *procuratorio nomine*. D'un autre côté, le propriétaire qui veut profiter de la convention d'assurance faite par l'usufruitier, doit par cela même contribuer, dans la mesure de son droit, aux charges qui en résultent.

dégradations qui les ont rendues nécessaires sont le résultat du défaut de réparations d'entretien depuis l'ouverture de l'usufruit, et à plus forte raison, lorsqu'elles ont été causées par une faute positive de sa part. En dehors de ces deux cas, les grosses réparations demeurent à la charge du nu-propriétaire. Art. 605.

La loi ne définit pas directement les réparations d'entretien; elle ne les indique que d'une manière indirecte, en disant que ce sont toutes celles qui ne rentrent pas dans la catégorie des grosses réparations.

Aux termes de l'art. 606, les grosses réparations comprennent: celles des gros murs [9] et des voûtes; le rétablissement d'une ou de plusieurs poutres [10]; celui des couvertures entières; enfin celui des digues, des murs de soutènement ou de clôture, aussi en entier.

L'idée dominante qui ressort de l'ensemble de l'article précité, c'est qu'une réparation, même portant sur des ouvrages de la nature de ceux qui y sont indiqués, ne revêt le caractère de grosse réparation qu'autant qu'elle consiste dans une reconstruction ou un rétablissement [11]. Pour l'application de cette idée, la loi distingue les réparations à faire aux gros murs et aux voûtes, qui constituent des grosses réparations, alors même qu'il ne s'agit que de la reconstruction partielle de ces ouvrages [12], et la réfection des couvertures, des digues, des murs de soutènement ou de clôture, qui ne devient une grosse réparation que lorsque ces ouvrages sont à rétablir en entier [13].

[9] L'expression *gros murs* ne comprend pas seulement les quatre murs extérieurs du bâtiment, mais encore les murs de refend, qui s'élèvent à partir du sol jusqu'au sommet de l'édifice. Demolombe, X, 560.

[10] Le mot *entières*, qu'on lit à la fin du 1er alinéa de l'art. 606, ne s'applique qu'aux couvertures, et non aux poutres. Cpr. Coutume de Paris, art. 262. Pothier, *De la communauté*, nº 272. Proudhon, IV, 1654. Duranton, IV, 614, note 1re. Demolombe, X, 561 et 563.

[11] Toutes les réparations à faire à un gros mur ou à une voûte ne constituent pas pour cela seul des grosses réparations, lorsque, tel qu'un simple recrépissage, elles ne nécessitent aucune reconstruction même partielle. Pothier, *op. et loc. citt.* Proudhon, IV, 1626. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 202. Demolombe, X, 562. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 367; Taulier, II, p. 326.

[12] *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, VIII, p. 256, nº 12). Proudhon, IV, 1639. Demolombe, X, 561 *bis*. Voy. cep. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.*

[13] Cette dernière expression ne doit cependant pas être entendue d'une manière trop rigoureuse. S'il devenait nécessaire de procéder au rétablissement de la presque totalité d'une couverture, d'une digue, ou d'un mur de clôture, la

L'énumération que l'art. 606 donne des grosses réparations est essentiellement limitative en ce qui concerne, soit les bâtiments ou maisons d'habitation et leurs dépendances[14], soit les autres ouvrages dont s'occupe cet article.

Quant aux réparations à faire à des ouvrages ou à des objets dont l'art. 606 ne s'occupe pas, et notamment à des usines ou à des choses mobilières, il faut, pour distinguer les grosses réparations et celles d'entretien, se guider d'après l'analogie des dispositions de cet article. Il en résulte que le remplacement d'une meule, et même le rétablissement de l'arbre de couche ou de la roue d'un moulin ne constituent que des réparations d'entretien[15].

Les réparations d'entretien ne cessent pas d'être à la charge de l'usufruitier, pour cela seul qu'elles ont été ordonnées par l'autorité. Il en est ainsi, notamment du badigeonnage, dans les villes où il a été déclaré obligatoire.

L'obligation de pourvoir aux réparations d'entretien ne concerne que celles qui sont devenues nécessaires depuis l'ouverture de l'usufruit[16]. Ainsi, l'usufruitier n'est pas tenu de rétablir ce qui serait tombé de vétusté, par suite d'un état de choses antérieur à son entrée en jouissance, alors même que les travaux à exécuter à cet effet rentreraient dans la classe des réparations d'entretien[17].

réparation serait à considérer comme grosse réparation. Proudhon, IV, 1632 et 1636. Demolombe, X, 565 et 566.

[14] Ainsi, les réparations à faire à des fosses d'aisances ou à des puits ne sont que des réparations d'entretien. Cpr. Demolombe, X, 568.

[15] Ces réparations, dont la cause réside dans l'exploitation même, et dont la nécessité peut se reproduire plusieurs fois pendant la durée de l'usufruit, doivent, en vertu de ce double motif, être supportées par l'usufruitier. Décider le contraire, serait, à notre avis, se mettre en opposition avec l'esprit de l'art. 606, dont la tendance générale a été de restreindre, dans l'intérêt du nu-propriétaire, le cercle des grosses réparations. Proudhon, IV, 1641. Orléans, 16 février 1821, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 364. Voy. en sens contraire : Demolombe, X, 569 *bis*.

[16] Pothier, *Du douaire*, nº 239. Toullier, III, 430. Duranton, IV, 621. Taulier, II, p. 326. Demante, *Cours*, II, 449 *bis* I. Demolombe, X, 572. Req. rej., 10 décembre 1828, Sir., 29, 1, 14. Voy. en sens contraire : Proudhon, IV, 1658 et 1659. L'argument que ce dernier auteur veut tirer du 2e alinéa de l'art. 605 est sans portée, puisqu'en soumettant l'usufruitier à l'obligation de faire les grosses réparations qu'aurait rendues nécessaires le défaut de réparations d'entretien, le législateur n'a évidemment entendu parler que de celles de ces dernières réparations qui étaient effectivement à sa charge.

[17] La restriction que l'art. 607 apporte à l'obligation d'entretien qui pèse sur l'usufruitier, est évidemment conforme à l'équité ; on ne concevrait pas que ce

Art. 607. D'un autre côté, l'obligation dont s'agit ne s'applique pas davantage aux dégradations occasionnées par des cas fortuits[18]. Art. 607.

L'usufruitier peut, en renonçant à l'usufruit, s'affranchir pour l'avenir de l'obligation de pourvoir aux réparations d'entretien[19]. Il peut même, au moyen de cette renonciation, et en restituant en outre les fruits par lui perçus depuis l'ouverture de son droit, se décharger pour le passé de l'obligation d'effectuer les réparations dont la cause s'est produite dans le cours de sa jouissance, pourvu qu'elles n'aient pas été occasionnées par sa faute ou par sa négligence[20].

dernier fût tenu de supporter les effets d'une vétusté qui, bien qu'arrivée à son dernier degré pendant la durée de l'usufruit, n'en remonterait pas moins à une époque antérieure à l'ouverture de ce droit. En vain dit-on que les dégradations ne peuvent être occasionnées que par la vétusté, lorsqu'elles ne sont pas le résultat de cas fortuits ou d'abus de jouissance, et qu'ainsi l'interprétation que nous donnons à l'art. 607, aboutirait à libérer complétement l'usufruitier des obligations que lui impose l'art. 605. Cette objection repose sur une confusion entre la vétusté, qui, dans le sens de l'art. 607, suppose des détériorations successivement produites par une longue série d'années antérieures à l'ouverture de l'usufruit, et les dégradations qui, dans le cours même de l'usufruit, ont été occasionnées par la jouissance de l'usufruitier et par les ravages naturels du temps. Nous ajouterons que l'usufruitier pourra sans doute se trouver de fait, et en vue de sa jouissance, dans la nécessité de rétablir ce qui sera tombé de vétusté, ou ce qui aura été détruit par cas fortuit; mais, à moins de déclarer l'art. 607 complétement inutile, comme le fait M. Demolombe, il faut bien reconnaître qu'il a eu précisément pour objet de le dispenser à cet égard de toute obligation légale. Voy. en ce sens : *Rapport au Tribunat*, par Perreau (Locré, *Lég.*, VIII, p. 276, nº 11). Cpr. Toullier, III, 429 ; Duranton, IV, 620. Voy. en sens contraire : Proudhon, IV, 1665 à 1668 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 203 à 205; Demolombe, X, 587 et 588.

[18] Voy. pour et contre cette proposition, les autorités citées à la note 17.

[19] Demolombe, X, 576. Voy. aussi les autorités citées à la note suivante.

[20] Pothier, *Du douaire*, nº 237. Salviat, I, p. 168. Proudhon, V, 2191. Duvergier, sur Toullier, III, 429, note *a*. Deux autres opinions ont été émises sur ce point. Suivant MM. Duranton (IV, 623) et Demante (*Cours*, III, 449 *bis* III), l'usufruitier ne serait même pas tenu de restituer tous les fruits recueillis depuis l'ouverture de son droit, et il lui suffirait de bonifier ceux qu'il aurait perçus depuis l'époque où les réparations dont il veut s'affranchir sont devenues nécessaires. Mais cette distinction, qui se comprendrait jusqu'à certain point dans le système de ceux qui mettent à la charge de l'usufruitier les réparations d'entretien, alors même qu'elles sont nécessitées par la vétusté ou par des cas fortuits, nous semble inadmissible dans le système contraire que nous avons adopté, puisque les réparations qu'ont rendues nécessaires la jouissance même de l'usufruitier et les ravages du temps à partir de l'ouverture de son droit, sont une charge naturelle des

5° L'usufruitier est tenu d'acquitter seul, et sans répétition contre le nu-propriétaire, les charges qui sont à considérer comme pesant sur les fruits. Art. 608. Telles sont les contributions ordinaires établies au profit de l'État, à savoir l'impôt foncier, et celui des portes et fenêtres[21]. Tels sont encore les centimes additionnels affectés aux dépenses des départements et des communes, peu importe qu'ils n'aient été imposés que d'une manière temporaire, et depuis l'ouverture de l'usufruit seulement[22]. Telle est enfin l'obligation qui incombe aux riverains de fossés ou de cours d'eau non dépendant du domaine public, de contribuer aux frais de leur curage[23].

Les charges pesant sur les fruits, qu'on nomme aussi charges annuelles, ne sont dues par l'usufruitier que dans la proportion de la durée de sa jouissance; et le montant de son obligation à cet égard se règle au point de vue passif, comme se détermine au point de vue actif son droit aux fruits civils[24].

6° L'usufruitier est obligé de contribuer avec le nu-propriétaire aux charges qui, pendant la durée de l'usufruit, ont été imposées

fruits qu'il a perçus depuis son entrée en jouissance. D'après MM. Du Caurroy, Bonnier et Roustain (II, 200), Bugnet (sur Pothier, VI, 414), Marcadé (sur l'art. 605, n° 3) et Demolombe (X, 577 et 578), l'usufruitier ne pourrait pas, même en restituant tous les fruits par lui perçus, s'affranchir, pour le passé, de l'obligation de pourvoir aux réparations d'entretien dont la cause est contemporaine à l'exercice de son droit. Ces auteurs se fondent sur ce que l'usufruitier ayant, par suite de sa jouissance, contracté l'obligation d'entretien, il ne saurait s'en affranchir par une restitution de fruits, qui ne ferait pas disparaître le fait même de sa jouissance. Mais, à notre avis, cette argumentation ne repose que sur une équivoque. En effet, l'obligation d'entretien est bien moins attachée au fait abstrait de la jouissance qu'à la perception des fruits dont elle forme une charge, d'où la conséquence qu'au moyen de la restitution de tous les fruits par lui perçus, l'usufruitier fait disparaître la cause réelle de son obligation. Cpr. § 550 *bis*, texte et note 22.

[21] *Quid* de l'impôt dit des 45 centimes, établi par le décret du 16 mars 1848? D'après son caractère tout à la fois extraordinaire et imprévu, cet impôt n'a pas dû tomber à la charge exclusive de l'usufruitier en vertu de l'art. 608. Il rentre, à notre avis, dans la classe des charges dont parle l'art. 609, et a dû, à ce titre, être supporté par le nu-propriétaire et l'usufruitier dans la proportion que cet article détermine. Demante, *Cours*, II, 451 *bis* II. Voy. en sens contraire : Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 206, à la note ; Demolombe, X, 601.

[22] Proudhon, IV, 1792. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 206. Demolombe, *loc. cit.*

[23] Cpr. Loi du 14 floréal an XI. Proudhon, IV, 1793.

[24] Cpr. art. 586. Demolombe, X, 607.

sur la propriété elle-même. Art. 609, al. 1er. C'est ce qui a lieu notamment pour les impôts extraordinaires ou les emprunts forcés, établis ou requis en temps de guerre[25].

Le mode de contribution à ces charges est réglé de la manière suivante: Le propriétaire est tenu de les payer, sans pouvoir en général s'y soustraire en provoquant, jusqu'à concurrence de ce qui serait nécessaire à leur acquittement, la vente partielle de la chose soumise à l'usufruit[26]. L'usufruitier, de son côté, doit bonifier au nu-propriétaire les intérêts du capital à débourser par ce dernier, à moins qu'il ne préfère faire lui-même l'avance de ce capital, auquel cas il est en droit d'en exercer la répétition à la fin de l'usufruit. Art. 609, al. 2 et 3.

La règle de contribution posée par l'art. 609 doit s'appliquer par analogie à l'acquittement des obligations légales qui pèsent sur la propriété, et dont l'exécution a été requise pendant la durée de l'usufruit. C'est ainsi que l'usufruitier est tenu de contribuer, avec le nu-propriétaire, au paiement: des frais de la clôture forcée ou du bornage, exécutée ou opéré à la demande du voisin; des indemnités dues, en vertu de la loi du 16 septembre 1807, pour desséchement de marais, ouverture de canaux et de routes, ou construction de digues; enfin des frais d'établissement de trottoirs, pour la portion mise à la charge du propriétaire, conformément à la loi du 7 juin 1845[27].

La même règle de contribution doit encore s'appliquer aux dettes qui, sans être dues personnellement par le nu-propriétaire[28], affecteraient par privilége ou par hypothèque le fonds soumis à l'usufruit, et pour le paiement desquelles ce dernier et l'usufruitier seraient poursuivis comme tiers détenteurs[29]. C'est ainsi

[25] Proudhon, IV, 1658, 1680 et 1681. Marcadé, sur l'art. 1609, nº 1. Demolombe, X, 611 et 612. Cpr. note 21 *supra*.

[26] Le choix laissé au nu-propriétaire par le 4e alinéa de l'art. 612 ne lui appartient pas dans l'hypothèse prévue par l'art. 609. Cependant les tribunaux pourraient l'autoriser à procéder à la vente d'une portion du fonds soumis à l'usufruit, s'il était dénué de toute ressource, et que l'usufruitier ne voulût point faire l'avance du capital nécessaire à l'acquittement des charges dont il est ici question. Cpr. Proudhon, IV, 1863; Marcadé, sur l'art. 609, nº 1; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 207; Demante, *Cours*, II, 451, III; Demolombe, X, 615.

[27] Cpr. Proudhon, IV, 1877 et suiv.; Demolombe, X, 612 et 613.

[28] L'hypothèse où il s'agit de dettes personnelles grevant le patrimoine de celui qui a constitué l'usufruit, sera examinée au § 232.

[29] Proudhon, IV, 1832. Demante, *Programme*, I, 621. Marcadé, sur les art. 610

que l'usufruitier d'un fonds grevé par privilége d'une rente foncière, dont le nu-propriétaire ne serait pas débiteur personnel, est bien tenu de bonifier à celui-ci les intérêts des arrérages qu'il aurait été contraint de payer, mais ne doit pas rester définitivement chargé du service de ces arrérages eux-mêmes, et se trouve par conséquent en droit, lorsqu'il les a acquittés sans avoir pu en obtenir le remboursement du débiteur personnel de la rente, de les répéter à la cessation de l'usufruit contre le nu-propriétaire[30].

7° A supposer que l'usufruit ait été constitué à titre gratuit, l'usufruitier doit supporter, d'après les distinctions suivantes, tout ou partie des frais des procès relatifs, soit à la jouissance seulement, soit à la pleine propriété[31].

à 612, nº 8. Demolombe, X, 526. Voy. cep. Taulier, II, p. 330. Suivant cet auteur, l'usufruitier qui a payé la dette hypothécaire affectant l'immeuble soumis à l'usufruit, peut exercer son recours contre le nu-propriétaire, non-seulement pour le capital, mais même pour les intérêts à échoir pendant la durée de l'usufruit. Il en serait sans doute ainsi, s'il s'agissait d'une dette hypothécaire dont le nu-propriétaire fût personnellement tenu; mais telle n'est pas l'hypothèse dont nous nous occupons ici, qui rentre bien moins sous l'application de l'art. 611 que sous celle de l'art. 609.

[30] D'après le Droit ancien, qui considérait la rente foncière comme un droit réel immobilier, réservé dans le fonds grevé, et les arrérages de la rente comme des charges annuelles de ce fonds, le service de ces arrérages incombait naturellement à l'usufruitier. La question de savoir si cette règle devra encore être suivie dans notre Droit nouveau ayant été soulevée lors de la discussion de l'art. 611 au Conseil d'État, Tronchet et Treilhard se prononcèrent pour l'affirmative (Locré, *Lég.*, VIII, p. 42, nº 24); et cette solution a été adoptée par Proudhon (IV, 1834 et suiv.). Mais, à notre avis, elle ne se concilie, ni avec la nature actuelle des rentes dites foncières, qui ne constituent plus que des dettes ordinaires garanties par un privilége, ni avec l'art. 611, aux termes duquel l'usufruitier à titre particulier n'est pas tenu des dettes auxquelles se trouve hypothéqué le fonds soumis à l'usufruit. Ce qui peut expliquer la réponse de Tronchet et Treillard, c'est qu'au moment où ils la donnèrent, on n'était pas définitivement fixé sur le rejet ou le maintien des rentes foncières avec le caractère qu'elles avaient dans l'ancien Droit, la question n'ayant été tranchée que par la loi du 30 ventôse an XII, qui ordonna l'insertion de l'art. 530 au Code Napoléon. Duranton, IV, 624 *bis*. Duvergier, sur Toullier, III, 432, note 6. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 206. Marcadé, sur l'art. 611. Demolombe, X, 528. Voy. cep. Nîmes, 7 juin 1856, Sir., 57, 2, 225. Cet arrêt, rendu dans des circonstances particulières, et par interprétation du testament constitutif de l'usufruit, n'a pas statué en principe sur la question.

[31] Il est bien entendu que les frais de procès restent à la charge exclusive du nu-propriétaire, lorsque la contestation n'a porté que sur la nue propriété. Arg. art. 613. Demolombe, X, 620.

Lorsque le procès n'a eu pour objet que la jouissance, les frais auxquels l'usufruitier a été condamné, ainsi que ceux qui lui ont été adjugés sans qu'il ait pu les recouvrer, restent à sa charge exclusive. Art. 613.

Lorsque la contestation a porté sur la pleine propriété, et intéressait ainsi le nu-propriétaire aussi bien que l'usufruitier, il faut sous-distinguer si le procès a été gagné ou perdu. Au premier cas, les frais non recouvrables contre le tiers qui a succombé doivent être supportés par le nu-propriétaire et par l'usufruitier, d'après la règle de contribution posée par l'art. 609, peu importe qu'ils aient été en cause tous les deux, ou qu'un seul y ait figuré [32]. Cette règle de contribution doit également être suivie au second cas, lorsque l'usufruitier et le nu-propriétaire étaient tous deux parties au procès qu'ils ont perdu [33], à moins cependant que le jugement intervenu n'ait eu pour résultat l'anéantissement de l'usufruit, hypothèse dans laquelle les frais se répartissent entre eux par portion virile [34]. Que si l'usufruitier, ou le nu-propriétaire avait seul figuré dans l'instance, les frais auxquels l'un ou l'autre aurait été condamné resteraient à sa charge exclusive [35].

Dans la supposition d'un usufruit constitué à titre onéreux, le nu-propriétaire devant garantir à l'usufruitier la paisible jouissance de son droit, la question des frais se décide d'après les principes généraux sur les effets de la garantie due par le vendeur [36].

§ 232.

la position de l'usufruitier quant aux dettes qui grevaient le patrimoine du constituant, ou qui forment des charges de son hérédité.

Pour déterminer cette position, il convient de distinguer tout d'abord entre l'hypothèse où l'usufruit a été établi par acte entre-vifs et celle où il l'a été par testament.

[32] Toullier, III, 434. Proudhon, IV, 1762. Duranton, IV, 627. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 215. Demante, *Cours*, 456. Demolombe, X, 622 et 624. Voy. cep. Duvergier, sur Toullier, *loc. cit.*

[33] Voy. les autorités citées à la note précédente.

[34] Demolombe, X, 622. Cpr. cep. Demante, *Cours*, II, 456 *bis*; Marcadé, sur l'art. 613, nº 1.

[35] Demolombe, X, 624.

[36] Cpr. art. 1626 et suiv., et § 355. Demolombe, X, 618.

Dans la première hypothèse, dont la loi ne s'occupe pas spécialement, l'usufruitier n'est en règle soumis à aucune obligation, soit de paiement, soit de contribution, en ce qui concerne les dettes qui grevaient le patrimoine du constituant, ou qui forment des charges de son hérédité. Il en est ainsi, non-seulement lorsque l'usufruit a été établi à titre onéreux, mais même en général dans le cas où il a été constitué à titre gratuit[1]. Le contraire ne devrait être admis qu'en vertu d'une clause expresse du titre constitutif, ou par interprétation de la volonté des parties.

Dans la seconde hypothèse[2], la loi distingue entre l'usufruitier dont le droit ne porte que sur des objets particuliers, et celui dont la jouissance s'étend à l'universalité ou à une quote-part des biens du constituant.

Lorsque l'usufruit ne porte que sur des objets particuliers, l'usufruitier n'est pas tenu de contribuer au paiement des dettes et charges grevant l'hérédité du constituant. Il en est ainsi, alors même qu'il s'agit de dettes hypothécaires affectant les immeubles soumis à l'usufruit, en ce sens du moins que si l'usufruitier était comme tiers détenteur tenu de les payer, il aurait son recours en remboursement immédiat contre les héritiers ou autres successeurs universels du défunt[3], et pourrait même, si ce recours était resté inefficace, répéter ses avances contre le nu-propriétaire, mais seulement à la cessation de l'usufruit[4]. Art. 611.

[1] La solution donnée au texte est sans aucune difficulté, lorsque la donation ne porte que sur des objets particuliers. Si elle a été contestée, c'est pour le cas seulement où il s'agit d'une donation en usufruit comprenant tout ou partie des biens présents du constituant. Voy. dans le sens de notre proposition : Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 212. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur les art. 610 et 612, nº 1. Cpr. aussi Demolombe, X, 548. Nous nous bornerons, pour le développement de notre opinion, à renvoyer au § 706, et aux distinctions qui s'y trouvent établies.

[2] Les dispositions relatives à cette hypothèse, la seule dont la loi s'occupe spécialement, doivent être étendues sans aucune hésitation à l'usufruit dévolu au père ou à la mère en vertu de l'art. 754, et à l'usufruit établi par institution contractuelle. Demolombe, X, 546.

[3] L'art. 611 ne parle que d'un recours à exercer contre le nu-propriétaire, parce qu'il suppose que ce dernier est en même temps l'héritier ou le successeur universel du défunt. Mais il n'est pas douteux que, dans l'hypothèse contraire, les héritiers ou successeurs universels ne soient soumis, conformément à l'art. 874, au recours du légataire en usufruit.

[4] Le recours contre le propriétaire serait fondé sur l'art. 609. Cpr. § 231, texte nº 6, notes 28 à 30.

Lorsque l'usufruit s'étend à l'universalité ou à une quote-part des biens du constituant, l'usufruitier, bien qu'il ne soit même dans ce cas qu'un successeur particulier[5], est cependant, en vertu de la maxime *Bona non sunt nisi deducto ære alieno*, tenu de contribuer, dans la mesure et d'après le mode indiqués par l'art. 612[6], au paiement des dettes et charges de l'hérédité, autres toutefois que le droit de mutation dû à raison de la transmission de la nue-propriété[7].

Quant aux arrérages des rentes viagères et pensions alimentaires, l'usufruitier universel ou à titre universel est tenu de les acquitter dans la proportion de l'étendue de son legs, sans aucune répétition contre les héritiers et successeurs universels du défunt. Art. 610[8].

L'obligation que les art. 610 et 612 imposent à l'usufruitier, dont le droit porte sur l'universalité ou sur une quote-part des biens de la succession, confère aux créanciers héréditaires le droit de poursuivre directement ce dernier en paiement des intérêts ou arrérages qui ont couru pendant la durée de l'usufruit[9], et d'invo-

[5] Cpr. § 175 ; § 714, texte nº 3, notes 16 et 17. Riom, 20 juillet 1862, Sir., 63, 2, 1. Voy. cep. Req. rej., 8 février 1862, Sir., 63, 1, 34.

[6] L'estimation à faire d'après cet article n'a d'objet que lorsque l'usufruit porte sur la totalité ou une quote-part, soit des immeubles, soit des meubles ; et comme dans ce cas il s'agit de déterminer la valeur comparative des biens compris dans l'usufruit et de ceux qui ne s'y trouvent pas soumis, l'estimation de ces derniers est aussi nécessaire que celle des premiers. A ce double point de vue, la rédaction de l'art. 612 laisse à désirer. Marcadé, sur les art. 610 et 612, nº 6. Demolombe, X, 533.

[7] Le droit de mutation auquel le nu-propriétaire est soumis, reste à sa charge en capital et intérêts. La raison en est que l'usufruitier est lui-même obligé de payer un droit de mutation pour l'acquisition de son droit. Loi du 22 frimaire an VII, art. 14, § 11, et art. 15, §§ 6 et 7. Merlin, *Quest.*, vº Enregistrement, § 2, nº 1. Proudhon, IV, 1876. Duranton, IV, 626. Salviat, I, p. 224. Demolombe, X, 545. Civ. cass., 9 juin 1813, Sir., 15, 1, 122. Douai, 18 novembre 1834, Sir., 35, 2, 29.

[8] Cet article repose sur la même idée que l'art. 588, dont il forme en quelque sorte la contre-partie.

[9] Cette proposition ne saurait être contestée quant aux arrérages de rentes viagères ou de pensions alimentaires, qui doivent être acquittés par l'usufruitier sans aucune répétition de sa part. Elle doit être admise, en ce qui concerne les intérêts des dettes ordinaires, par analogie des dispositions des art. 1009 et 1012 qui, quoique simplement fondés sur la règle *Bona non sunt nisi deducto ære alieno*, n'en accordent pas moins une action directe aux créanciers héréditaires contre les légataires universels ou à titre universel. Demante, *Cours*, II, 455 *bis*.

quer, le cas échéant, contre lui et sur ses biens personnels, l'application de l'art. 1978.

Mais ces créanciers n'ont, même contre l'usufruitier universel ou à titre universel, aucune action personnelle et directe en remboursement du capital de leurs créances [10].

Il est du reste bien entendu que les créanciers héréditaires conservent leur droit de poursuite sur la pleine propriété des biens de la succession, y compris ceux qui forment l'objet d'un legs d'usufruit [11].

§ 233.

Des obligations et des droits du nu-propriétaire pendant la durée de l'usufruit.

1° Le nu-propriétaire n'est, en cette seule qualité, tenu envers l'usufruitier à aucune obligation positive [1] : *Servitus nunquam in faciendo consistit.* C'est en vertu de ce principe que l'usufruitier n'a aucune action pour contraindre le nu-propriétaire à effectuer les grosses réparations, et que dans le cas où il les a faites lui-même, il n'a, aussi longtemps du moins que dure l'usufruit, aucune répétition à exercer contre ce dernier [2].

Demolombe, X, 523 et 543. Bordeaux, 12 mars 1840, Sir., 40, 2, 297. Cpr. Req. rej., 8 octobre 1862, Sir., 63, 1, 34.

[10] Proudhon, II, 475 à 477. Demolombe, X, 522. Bordeaux, 12 mars 1840, Sir., 40, 2, 297.

[11] Duranton, IV, 636 *bis*. Demolombe, *loc. cit.*

[1] A la différence du bailleur qui doit *faire jouir* le preneur (art. 1719), le nu-propriétaire est simplement tenu de *laisser jouir* l'usufruitier. Demolombe, X, 652.

[2] En disant que les grosses réparations demeurent à la charge du nu-propriétaire, l'art. 605, qui n'a d'autre objet que de déterminer les obligations de l'usufruitier, a simplement voulu exprimer cette idée, que l'usufruitier n'est point, en général et sauf les cas d'exception qui y sont indiqués, tenu de faire les réparations de cette espèce. C'est ce qui ressort évidemment de la contexture même de l'article précité et de sa combinaison avec les art. 600 et 607. Toullier, III, 443 et 444. Proudhon, IV, 1675 à 1683, et 1686. Duranton, IV, 615, 616 et 620. Marcadé, sur les art. 605 à 607, nos 1 et 2. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 204. Demante, *Cours*, II, 449 *bis* IV à VII. Hennequin, II, p. 435 et 436. Demolombe, X, 583, 584 et 592. Caen, 7 novembre 1840, Sir., 41, 2, 6. Paris, 11 octobre 1860, Sir., 60, 2, 581. Cpr. encore les autorités citées à la note 3 du § 230. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 367; Benoit, *De la dot*, I, 179; Salviat, I, p. 169; Taulier, II, p. 327. Voy. aussi Caen, 21 décembre 1839, Sir., 40, 2, 109. — Cpr. § 235, texte et note 7, sur la question de savoir si l'usufruitier

La seule obligation qui pèse de droit sur le nu-propriétaire en cette qualité, c'est de ne rien faire qui puisse, en quoi que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier. Art. 599, al. 1.

Ainsi, il ne peut, contre le gré de celui-ci, changer la forme de la chose grevée d'usufruit, élever des constructions nouvelles, ni exhausser les anciennes [3].

Ainsi encore, il ne peut abattre les arbres faisant partie d'une forêt de haute futaie non aménagée, à moins cependant qu'il ne s'agisse d'arbres couronnés et dépérissants, ou que les bois à couper ne soient destinés à de grosses réparations que le nu-propriétaire se proposerait d'exécuter aux bâtiments compris dans l'usufruit [4]. Ce ne serait également que pour faire de pareilles réparations que le nu-propriétaire serait autorisé à extraire du fonds grevé d'usufruit, des pierres, de la chaux, ou du sable. En aucun cas il ne pourrait, même en offrant une indemnité à l'usufruitier, ni mettre en exploitation une forêt de futaie non aménagée, ni ouvrir une carrière, soit pour en vendre les produits, soit pour les employer à des constructions à élever sur un terrain non soumis à l'usufruit [5].

La règle que le nu-propriétaire ne doit rien faire qui nuise à la jouissance de l'usufruitier, ne restreint que ses droits en cette qualité, et n'empêche pas qu'il ne puisse, comme propriétaire de fonds non compris dans l'usufruit, exercer librement toutes les facultés inhérentes à la propriété, alors même qu'il devrait résulter de cet exercice une diminution des avantages dont jouissait l'usufruitier. A ce point de vue, les droits du nu-propriétaire ne sont soumis à d'autres limitations qu'à celles qui découlent des règles ordinaires du voisinage [6].

Du reste, lorsque le nu-propriétaire a lui-même constitué l'usufruit, ou qu'il se trouve être le successeur universel du constituant, il est, en cette dernière qualité, obligé de délivrer à l'usufruitier l'objet grevé d'usufruit avec tous les accessoires indispensables

est en droit, lors de la cessation de l'usufruit, de demander au nu-propriétaire une indemnité en raison des grosses réparations qu'il aurait faites.

[5] Toullier, III, 442. Duranton, IV, 641. Proudhon, III, 1466. Demolombe, X, 653. Cpr. Orléans, 14 décembre 1854, Sir., 55, 2, 254.

[4] Toullier, III, 441. Duranton, *loc. cit.* Proudhon, II, 880. Demolombe, X, 418 et 657. Poitiers, 2 avril 1818, Sir., 18, 2, 200.

[5] Demolombe, X, 660. Voy. en sens contraire : Proudhon, II, 898 à 884.

[6] Hennequin, II, 474. Demolombe, X, 661. Cpr. Toullier, III, 442 ; Salviat, I, p. 285 et 286 ; Proudhon, II, 879.

à l'exercice de ce droit[7]. Il est même tenu de lui en garantir la paisible jouissance, lorsque l'usufruit a été établi à titre onéreux, ou à titre de dot.

2° Le nu-propriétaire conserve l'exercice de tous les droits de propriété compatibles avec les obligations qui viennent d'être indiquées. Il peut donc, sauf les droits de l'usufruitier, vendre l'objet soumis à l'usufruit, le donner, le grever d'hypothèques ou de servitudes, et exercer à son occasion toutes les actions qui appartiennent au propriétaire en cette qualité, par exemple une action en bornage[8].

Le nu-propriétaire est autorisé à faire sur la chose grevée d'usufruit les actes matériels tendant à sa conservation, lors même qu'il en résulterait pour l'usufruitier quelque incommodité ou diminution de jouissance. C'est ainsi que le nu-propriétaire peut procéder aux grosses réparations des bâtiments soumis à l'usufruit; et ce, sans être tenu à aucune indemnité envers l'usufruitier, dans le cas même où elles entraîneraient une privation de jouissance de plus de quarante jours[9]. C'est ainsi encore que dans le cas où l'usufruit porte sur un domaine qui comprend des bâtiments, le nu-propriétaire est en droit de faire reconstruire les bâtiments détruits par un incendie ou par tout autre accident[10].

Enfin le nu-propriétaire a, même pendant la durée de l'usufruit, le droit de contraindre l'usufruitier à l'accomplissement des obligations qui lui sont imposées, et de le poursuivre en paiement des indemnités dont il serait redevable pour des dommages causés par sa faute. C'est ainsi que le nu-propriétaire peut actionner l'usufruitier pour le faire condamner à effectuer les réparations d'entretien dont il est tenu[11], et à payer la valeur d'arbres qu'il aurait indûment abattus[12].

[7] Ces accessoires sont appelés en Droit romain *adminicula ususfructus*. Cpr. L. 1, §§ 1 et 2, D. *si usuf. pet.* (7, 6).

[8] Toullier, III, 438. Duranton, IV, 641. Demolombe, X, 658 *bis* et 659. Bordeaux, 23 juin 1836, Sir., 37, 2, 36.

[9] Toullier, III, 442. Proudhon, II, 874. Demolombe, X, 654 et 655.

[10] Proudhon, *loc. cit.* Demolombe, X, 656.

[11] Le nu-propriétaire n'est pas réduit à l'action en déchéance ouverte par l'art. 618. Proudhon, IV, 1648. Duvergier, sur Toullier, III, 429, note *a*. Hennequin, II, p. 434. Taulier, II, p. 426. Demolombe, X, 573. Civ. cass., juin 1825, Sir., 25, 1, 427. Montpellier, 7 juin 1831, Sir., 32, 2, 10. Civ. cass., 10 janvier 1859, Sir., 59, 1, 225. Cpr. cep. Demolombe, X, 574; Civ. rej. 10 décembre 1828, Sir., 29, 1, 14.

[12] Proudhon, IV, 2094. Salviat, I, p. 244. Demolombe, X, 395 à 397, 410 *bis*

§ 234.

Des différentes manières dont l'usufruit prend fin.

A. Aux termes de l'art. 617, l'usufruit s'éteint :

1° Par la mort de l'usufruitier[1]. Art. 617, al. 2.

La question de savoir si l'usufruit, établi au profit de plusieurs personnes simultanément, s'éteint partiellement par le décès de l'une d'elles, ou si, au contraire, il continue de subsister en totalité au profit des survivants, doit, en l'absence de disposition légale relative à cette hypothèse[2], se décider d'après les énonciations du titre constitutif, et par interprétation de la volonté des parties ou du testateur[3].

Lorsque plusieurs personnes sont appelées successivement à l'usufruit des mêmes biens, il y a autant d'usufruits distincts que de personnes au profit desquelles la constitution en a eu lieu[4]. Dans

et 632. Req. rej., 14 mars 1838, Sir., 38, 1, 741. Voy. en sens contraire : Poitiers, 20 janvier 1857, Sir., 58, 2, 237.

[1] Avant la loi du 31 mai 1854, l'usufruit s'éteignait par la mort civile, aussi bien que par la mort naturelle. Cpr. § 82, texte n° 2, notes 6 et 10 ; § 83 *bis*, texte et note 5.

[2] En Droit romain, l'usufruit légué à plusieurs personnes conjointement ne s'éteignait que par la mort du dernier des légataires, alors même que les autres n'étaient décédés qu'après avoir recueilli le legs. L. 1, *proe.*, et § 3, D. *de usuf. accresc.* (7, 2). Mais la disposition de cette loi n'a pas été reproduite par le Code Napoléon. Les art. 1043 à 1045, en effet, ne s'occupent que du droit d'accroissement auquel donne lieu la caducité d'un legs non encore recueilli. Cpr. § 726. Merlin, *Rép.*, v° Usufruit, § 5, art. 1er, n° 5. Toullier, V, 699. Proudhon, II, 675. Duranton, IV, 655 à 657.

[3] Il en résulte que, dans le cas où il s'agirait d'un legs d'usufruit fait conjointement à plusieurs personnes, le juge pourrait, sans violer la loi, déclarer, soit l'extinction partielle de ce legs par le décès de l'un des usufruitiers arrivé depuis l'ouverture de la succession, soit son maintien intégral au profit des survivants. Nous ajouterons cependant que cette dernière solution nous paraîtrait en général plus conforme à l'intention probable du testateur, et à la nature de l'usufruit. Par cela même, en effet, que le testateur a légué à plusieurs personnes l'usufruit des mêmes biens, sans aucune assignation de parts, il a investi chacune d'elles de la totalité de cet usufruit. Et, d'un autre côté, les différents légataires n'ayant pu recueillir que pour eux-mêmes, et non pour leurs héritiers, le legs qui leur a été fait, aucun obstacle ne s'oppose, après le décès de l'un d'eux, à ce que les survivants exercent l'usufruit dont ils ont été intégralement saisis dans toute l'étendue que comporte leur titre. Voy. en ce sens : Aix, 11 juillet 1838, Sir., 39, 2, 46 ; Req. rej., 1er juillet 1841, Sir., 41, 1, 851.

[4] Cpr. § 228, texte et note 1re.

ce cas, le décès de l'usufruitier en premier ordre, tout en ayant pour effet d'éteindre son droit, donne en même temps ouverture à celui de l'usufruitier en second ordre, et ainsi de suite, de sorte que l'usufruit ne fera définitivement retour à la nue-propriété que par la mort du dernier appelé.

L'usufruit établi au profit d'une personne morale s'éteint par la cessation de l'existence légale de cette personne[5], et en tout cas par le laps de trente ans[6]. Art. 619.

Le mode d'extinction dont il est ici question tient à l'essence même de l'usufruit, et ne peut être modifié par des conventions ou dispositions contraires[7].

2° Par l'expiration du temps pour lequel l'usufruit a été constitué, et notamment par la mort de la tierce personne dont la vie a été prise pour terme de sa durée. Art. 617, al. 3.

Quant à l'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge déterminé, il dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé, à moins cependant qu'il ne fût clairement établi que c'est la vie de ce tiers qui a été prise comme terme incertain de la durée de l'usufruit, auquel cas il s'éteindrait par son décès, à quelque époque qu'il arrivât. Art. 620[8].

Du reste, quel que soit le terme assigné à la durée de l'usufruit, il ne s'en éteint pas moins par la mort de l'usufruitier, arrivée avant ce terme[9].

3° Par le non-usage pendant trente ans.

Ce mode d'extinction, qui n'est au fond qu'une prescription extinctive[10], est régi par les règles ordinaires de cette espèce de

[5] L. 21, D. *quib. mod. ususf. amitt.* (7, 4). Proudhon, I, 330 et 331. Duranton, IV, 664. Demolombe, X, 670.

[6] Le legs annuel d'une somme d'argent ou d'une certaine quantité de denrées ne doit pas être confondu avec un legs d'usufruit. Un pareil legs fait à une personne morale est perpétuel. Le principe qui s'oppose à ce que la jouissance soit à toujours séparée de la nue propriété, ne peut trouver d'application dans cette hypothèse. Proudhon, I, 331.

[7] Cpr. § 228, texte et notes 3 et 4.

[8] Cet article ne renferme qu'une disposition déclarative de la volonté présumée des parties ou du disposant, et doit par conséquent cesser de recevoir application dans l'hypothèse exceptionnelle prévue au texte. Duranton, IV, 659. Demolombe, X, 679.

[9] Toullier, III, 449. Proudhon, IV, 1965. Duranton, IV, 661. Demolombe, X, 680. Voy. cep. Demante, *Cours*, II, 461 *bis*.

[10] Cpr. art. 2262. Demolombe, X, 689 et 690.

prescription. Ainsi, il n'exige de celui qui s'en prévaut aucune condition de possession. Ainsi encore, les causes qui suspendent la prescription, telles que la minorité de l'usufruitier ou le caractère dotal de l'usufruit, suspendent également l'effet extinctif du non-usage [11].

Le mode d'extinction résultant du non-usage suppose que l'usufruit n'a été exercé, ni par l'usufruitier lui-même, ni, de son chef ou en son nom, par l'intermédiaire d'un tiers [12]. Il suppose de plus une absence complète de jouissance. Une jouissance, quoique incomplète, suffirait pour conserver le droit de l'usufruitier [13]. Il en serait de même d'une jouissance excessive ou abusive [14]. Quant à la jouissance qui n'aurait porté que sur une ou plusieurs des choses soumises à l'usufruit, elle ne conserverait pas le droit de l'usufruitier sur les autres, à moins qu'elles ne fussent toutes comprises dans une seule et même universalité juridique [15].

Du reste, le non-usage n'entraîne l'extinction de l'usufruit qu'autant qu'il a duré trente années, sans qu'il y ait à cet égard à distinguer entre l'usufruit établi sur des immeubles, et celui qui porte sur des meubles même corporels [16].

[11] Proudhon, IV, 2107. Duranton, IV, 672. Demolombe, X, 699.

[12] Par exemple, par un acquéreur à titre onéreux ou gratuit de l'usufruit, par un fermier, ou même par un simple *negotiorum gestor*. Demolombe, X, 694. — Le Droit romain admettait même que l'usufruitier était censé jouir de la chose soumise à l'usufruit, par cela seul qu'il jouissait du fermage pour lequel il l'avait louée, ou du prix en retour duquel il avait cédé l'exercice de son droit ; et ce, indépendamment de toute jouissance effective de la part du fermier ou du concessionnaire. LL. 38 et 39, D. *de usuf.* (7, 1). Cette doctrine, reproduite par Pothier (*Du douaire*, nº 251), et adoptée par Proudhon (IV, 2110), ne nous paraît plus devoir être suivie sous l'empire du Code Napoléon. A notre avis, la jouissance, exclusive du non-usage, doit matériellement porter sur la chose même soumise à l'usufruit, puisque dans ce cas seulement elle touche le nu-propriétaire et lui devient opposable. Demolombe, X, 695.

[13] Proudhon, IV, 2102. Demolombe, X, 696.

[14] Sauf, dans ce cas, le droit du nu-propriétaire de provoquer la déchéance de l'usufruitier pour abus de jouissance. Art. 618. Cpr. texte, lett. B *infra*. Demolombe, X, 696.

[15] Cpr. Demolombe, X, 696 et 745.

[16] Demolombe, X, 691. Il est bien entendu qu'il ne s'agit ici que des rapports de l'usufruitier et du nu-propriétaire. Si un meuble corporel, grevé d'usufruit, avait passé entre les mains d'un tiers, l'usufruitier ne pourrait évidemment le réclamer que dans les cas exceptionnels où le propriétaire serait lui-même autorisé à le revendiquer. Cpr. art. 2279, et § 183.

4° Par la perte totale de la chose soumise à l'usufruit.

Sous ces expressions on doit comprendre, non-seulement la destruction physique, mais encore tout changement qui, survenu dans la forme constitutive et la manière d'être particulière de la chose, a pour résultat de la rendre impropre à l'usage en vue duquel l'usufruit a été établi [17]. C'est ainsi que l'usufruit portant sur un bâtiment s'éteint par l'incendie ou la ruine de ce bâtiment. Art. 624, al. 1. C'est ainsi encore que l'usufruit établi sur un étang s'éteint, lorsqu'il est mis à sec par la retraite définitive des eaux [18].

La perte de la chose n'entraîne l'extinction de l'usufruit que lorsqu'elle a été la suite d'un cas fortuit [19]. Si elle avait été causée par la faute du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, l'usufruit continuerait de subsister; et ce serait d'après les règles relatives aux obligations respectives des parties que se détermineraient les conséquences de cette perte. Que si elle avait été occasionnée par le fait d'un tiers, l'usufruit ne s'éteindrait pas davantage; et l'usufruitier aurait droit, tant à la jouissance de ce qui resterait de la chose, sous une forme quelconque, qu'à celle des dommages-intérêts dont ce tiers serait passible [20].

On doit assimiler à la perte de la chose, sa mise hors du commerce, soit par un événement de la nature, soit par suite d'expropriation pour cause d'utilité publique, en ce sens du moins que l'usufruit est définitivement éteint quant à la chose même qui s'y trouvait soumise. Seulement, en pareil cas, et par exception à la

[17] Les jurisconsultes romains enseignaient que l'usufruit s'éteint par la transformation de la chose soumise à l'usufruit en une chose nouvelle (*mutatio rei*); et ils poussaient même assez loin les conséquences de ce principe, en tenant compte toutefois des usages de la vie pratique, et de l'intention présumée de celui qui avait constitué l'usufruit. Cpr. Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, § 70. Dans notre ancienne jurisprudence, les opinions n'étaient pas unanimes. Pothier (*Du douaire*, n° 255), rejetant comme des subtilités les décisions des lois romaines, n'admettait même pas que l'usufruit s'éteignît par l'incendie du bâtiment qui en formait l'unique objet. Domat, au contraire (*Lois civiles*, liv. I, tit. XI, sect. VI, n°s 7 et 8), s'était prononcé pour la doctrine du Droit romain. C'est aussi cette doctrine que les rédacteurs du Code paraissent avoir voulu consacrer, du moins en général, et sauf en ce qui concerne spécialement l'usufruit établi sur des universalités de fait, par exemple sur un troupeau. Arg. art. 624 et 616. Cpr. Delvincourt, I, p. 371 et 272; Proudhon, V, 2535 et 2536; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 233; Demolombe, X, 700 et 705 à 710.

[18] Demolombe, X, 710. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 617, n° 9.

[19] Arg. art. 624. Voy. aussi art. 616. Proudhon, V, 2527. Demolombe, X, 713.

[20] Proudhon, IV, 1590 et suiv. Demolombe, *loc. cit.*

règle qui sera ci-après indiquée, la jouissance de l'usufruitier se reporterait-elle, soit sur le terrain attribué au nu-propriétaire en vertu de l'art. 563, soit sur l'indemnité de dépossession. Loi du 3 mai 1841, art. 39.

L'extinction de l'usufruit par la perte totale de la chose est absolue, de sorte que l'usufruitier ne conserve aucun droit de jouissance, ni sur les accessoires qui dépendaient de cette chose, ni sur ce qui en resterait sous une forme nouvelle et différente[21]. C'est ainsi que l'usufruitier d'un bâtiment qui a été détruit par un incendie, n'a le droit de jouir ni du sol ni des matériaux. Art. 624, al. 1. Il est toutefois à remarquer que, si l'usufruitier avait fait assurer le bâtiment incendié, son usufruit se reporterait sur le montant de l'indemnité payée par la compagnie d'assurance[22].

Quant à la perte partielle de la chose soumise à l'usufruit, elle n'entraîne pas l'extinction de ce droit, qui continue de subsister, non-seulement sur ce qui reste de la chose dans sa forme primitive, mais encore sur ses débris et sur ses accessoires. Art. 623. Ainsi, par exemple, lorsque l'usufruit porte sur un domaine, et qu'un bâtiment qui en fait partie vient à être incendié, l'usufruit continue de subsister, tant sur le surplus de ce domaine, que sur le sol et les matériaux du bâtiment incendié. Art. 624, al. 2. A plus forte raison, l'usufruit qui a pour objet une universalité de droit, ne s'éteint-il pas par la perte de l'une ou de l'autre des choses comprises dans cette universalité[23].

L'usufruit définitivement éteint, par la destruction physique de la chose grevée de ce droit, par le changement de sa forme constitutive, ou enfin par sa mise hors du commerce, ne renaît pas, lorsqu'elle se trouve rétablie dans son état primitif ou replacée dans le commerce, soit par le fait de l'homme, soit par un événement de la nature. Ainsi, lorsqu'une maison qui formait l'unique objet de l'usufruit, a été incendiée par cas fortuit, la reconstruction de cette maison, par le nu-propriétaire ou par l'usufruitier, ne ferait pas renaître l'usufruit[24]. Ainsi encore, l'usufruit ne renaît pas, lorsque

[21] Arg. arg. 616, al. 1, et 624, al. 2. Proudhon, V, 2547 et 2548. Demolombe, X, 701 et 702.

[22] Cpr. § 231, texte et note 8.

[23] L. 34, § 2, D. *de usuf.* (7, 1). Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XI, sect. VI, nº 4. Proudhon, V, 2534. Demolombe, X, 704.

[24] Proudhon, V, 2543. Duranton, IV, 679. Marcadé, sur l'art. 617, nº 8. Demolombe, X, 713 *ter*. — Si la reconstruction avait été faite par l'usufruitier, la position des parties serait réglée par l'art. 555.

l'immeuble qui s'y trouvait soumis ayant été exproprié pour cause d'utilité publique, le nu-propriétaire vient à exercer le droit de préemption que lui accorde l'art. 60 de la loi du 3 mai 1841.

Mais il ne faut pas confondre avec les causes d'extinction définitive de l'usufruit, les simples obstacles que des événements de la nature auraient apportés à son exercice. Si ces obstacles venaient à cesser avant l'écoulement d'un laps de trente ans, l'usufruit serait à considérer comme n'ayant jamais cessé d'exister. C'est ce qui aurait lieu au cas de l'inondation d'un champ, ou de la disparition temporaire des eaux d'un étang[25].

Aux termes de l'art. 617, l'usufruit s'éteint enfin:

5° Par la consolidation, c'est-à-dire par la réunion sur une même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire[26].

La consolidation peut avoir lieu dans deux hypothèses: dans celle où l'usufruitier acquiert la nue propriété en vertu d'un titre quelconque; et dans celle où, en dehors de toute cause d'extinction proprement dite, l'usufruit vient à se réunir à la nue-propriété par l'acquisition qu'en fait le nu-propriétaire[27].

[25] La question de savoir si un événement de la nature constitue une cause d'extinction définitive de l'usufruit, ou ne forme qu'un obstacle temporaire à son exercice, peut, dans tel cas donné, rester de fait incertaine pendant un temps plus ou moins long. Mais on ne comprendrait pas que l'effet juridique de cette incertitude se prolongeât au delà du terme ordinaire de la prescription. C'est dans cet esprit qu'a été conçu l'art. 704, dont la disposition doit, par voie d'analogie, et même *a fortiori*, être étendue aux servitudes personnelles. Delvincourt, I, p. 371. Proudhon, V, 2551. Duranton, IV, 687. Demante, *Cours*, II, 472 *bis*. Demolombe, X, 714. Voy. en sens contraire: Taulier, II, p. 340. Suivant cet auteur, l'usufruit renaîtrait, à quelque époque que vînt à cesser l'obstacle qui s'opposait à son exercice.

[26] Dans le langage du Droit romain, le mot *consolidatio* ne s'appliquait qu'au cas où l'usufruitier devenait propriétaire de la chose soumise à son droit. Cpr. § 3, *Inst. de usuf.* (4, 2); L. 3, § 2, D. *de usuf. accresc.* (7, 2). Mais les rédacteurs du Code ont pris ce terme dans le sens plus général indiqué au texte.

[27] Il est évident qu'il ne peut être question de consolidation, même dans l'acception large que les rédacteurs du Code ont attribuée à ce terme, lorsque l'usufruit fait retour à la nue propriété par suite de son extinction; et c'est aussi ce qu'indique l'art. 617, en parlant *de la réunion sur une même tête des qualités d'usufruitier et de propriétaire*, réunion qui suppose que l'usufruit existe encore au moment où elle s'opère. Marcadé (sur l'art. 617, n° 5) a donc critiqué à tort la définition que le Code donne de la consolidation; et il est tombé dans une grave erreur en soutenant que, lorsque l'usufruitier donne ou vend son droit au nu-propriétaire, l'usufruit finit absolument. Ce qu'il y a d'inexact dans l'art. 617, ce n'est pas la définition qu'il donne de la consolidation, mais l'effet absolu qu'il

Dans l'une comme dans l'autre de ces hypothèses, la consolidation constitue plutôt un obstacle à la continuation de l'exercice de l'usufruit sous sa forme propre, qu'un véritable mode d'extinction de ce droit[28]. Lorsque l'usufruitier vient à être évincé de la nue propriété qu'il avait acquise, ou que son titre d'acquisition est résolu *ex tunc*, l'usufruit reprend toute sa force[29]. Il en serait de même si le nu-propriétaire venait, après avoir acquis l'usufruit, à perdre la nue propriété, par suite d'éviction, ou de la résolution *ex tunc* du titre qui la lui avait conférée.

Du reste, la réunion de l'usufruit sur la tête du nu-propriétaire, ou celle de la nue propriété sur la tête de l'usufruitier, ne peuvent jamais porter atteinte aux sûretés spéciales des créanciers de ce dernier. Ces créanciers seraient donc autorisés à poursuivre la vente de l'usufruit sur lequel ils auraient obtenu une hypothèque ou un gage, aux fins d'exercer, comme si cette réunion n'avait pas eu lieu, le droit de préférence qui leur compète[30].

B. D'un autre côté, l'usufruit peut, suivant l'art. 618, cesser par la déchéance encourue par l'usufruitier pour abus de jouissance. Cette déchéance, qui n'a jamais lieu de plein droit, ne doit être prononcée que pour des abus graves[31], imputables à l'usufruitier personnellement[32].

Les tribunaux jouissent en cette matière d'un pouvoir discrétionnaire, en vertu duquel ils sont autorisés, selon la gravité des cas, soit à prononcer l'extinction pure et simple de l'usufruit, soit à prendre telle mesure qu'ils jugent convenable pour concilier les intérêts du nu-propriétaire et de l'usufruitier. Ainsi, ils peuvent n'ordonner la rentrée du nu-propriétaire dans la jouissance des

semble y attacher, en la rangeant parmi les causes d'extinction de l'usufruit. Cpr. Demolombe, X, 683.

[28] La consolidation n'est pas plus une véritable cause d'extinction de l'usufruit, que la confusion n'est un mode d'extinction des obligations. Cpr. art. 1300; § 330, texte et note 5. Demolombe, X, 684.

[29] L. 57, D. *de usuf.* (7, 1). Art. 2177 et arg. de cet article. Toullier, III, 456. Duranton, IV, 667 à 670. Proudhon, IV, 2075. Demolombe, X, 684 à 687.

[30] Salviat, II, p. 41. Proudhon, IV, 2071 et suiv. Demolombe, X, 747 et 748. Cpr. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 148.

[31] L'usufruitier se rendrait coupable d'un abus de cette nature, s'il vendait, comme lui appartenant, des objets soumis à son droit. Proudhon, V, 2422. Demolombe, X, 719. Bordeaux, 19 avril 1847, Sir., 48. 2, 183. — *Quid* de la location des meubles compris dans l'usufruit? Voy. § 230, texte et note 50.

[32] Proudhon, V, 2450 à 2459. Demolombe, X, 718.

objets grevés d'usufruit, que sous la condition de payer annuellement à l'usufruitier une somme déterminée, jusqu'à l'instant où ce droit aurait dû cesser. Ils peuvent aussi maintenir l'usufruitier dans sa jouissance, soit en le condamnant à fournir caution malgré la dispense établie en sa faveur [33], ou en admettant l'offre qu'il ferait de réparer les dommages causés et de fournir des garanties pour l'avenir [34], soit en établissant un séquestre [35]. Enfin, ils pourraient ne prononcer qu'une déchéance partielle, si les abus de jouissance reprochés à l'usufruitier n'avaient porté que sur quelques-uns des objets soumis à son droit [36].

Les créanciers de l'usufruitier peuvent intervenir dans l'instance et demander, soit le versement entre leurs mains de la somme à payer annuellement par le nu-propriétaire, soit même le maintien de l'usufruit, en offrant la réparation des dégradations commises et des garanties pour l'avenir. Mais de pareilles offres n'emporteraient pas pour le juge la nécessité de maintenir l'usufruit [37], lors même qu'elles seraient faites par des créanciers antérieurs aux abus de jouissance reprochés à l'usufruitier [38].

C. Indépendamment des modes d'extinction indiqués aux art. 617 et 618, l'usufruit s'éteint encore, d'après les principes du Droit commun, par la révocation *ex tunc* du droit de celui qui a établi l'usufruit, par la résolution du titre au moyen duquel il a été constitué [39], et par la renonciation de l'usufruitier.

La renonciation n'est un mode spécial d'extinction de l'usufruit que lorsqu'elle est le résultat d'un acte unilatéral de la part de l'usufruitier; si elle avait eu lieu par une convention, à titre onéreux ou gratuit, conclue avec le nu-propriétaire, elle constituerait

[33] Cpr. § 229, texte nº 2 et note 30. Demolombe, X, 722.

[34] Si les juges sont, aux termes du second alinéa de l'art. 618, autorisés à admettre une pareille offre, lorsqu'elle est faite par les créanciers de l'usufruitier, à plus forte raison peuvent-ils l'accueillir, quand elle émane de l'usufruitier lui-même. Demolombe, X, 726.

[35] Arg. art. 602. Demante, *Programme*, I, 632. Demolombe, X, 722.

[36] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, VIII, nº 28, p. 243). Demolombe, X, 723.

[37] Il est évident que l'intervention des créanciers, qui ne sont que des ayants-droit de l'usufruitier, ne peut légalement limiter le pouvoir discrétionnaire qui appartient aux tribunaux. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, VIII, nº 28, p. 242 et 243). Salviat, II, p. 58. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 229. Demolombe, X, 726.

[38] Demolombe, *loc. cit.* Voy. en ce sens contraire : Proudhon, V, 2432 et suiv.

[39] Cpr. sur ces deux causes d'extinction : § 220 *bis*, et § 302, texte nº 3.

plutôt une cession de l'usufruit, opérant consolidation dans la personne de ce dernier, qu'une véritable cause d'extinction de ce droit, et les effets en seraient régis par les principes ci-dessus exposés[40].

La renonciation unilatérale de l'usufruitier n'est soumise pour sa validité à aucune forme spéciale[41]. Elle peut même avoir lieu tacitement, pourvu que la volonté de l'opérer ressorte d'une manière non douteuse des faits dont on prétend l'induire. Le seul concours de l'usufruitier à la vente de la chose grevée d'usufruit ne devrait pas toujours et nécessairement être considéré comme emportant de sa part renonciation à son droit. Art. 621[42].

La renonciation dont il est ici question est efficace par elle-même, en ce sens qu'elle éteint immédiatement l'usufruit, et qu'elle ne peut plus être rétractée sous prétexte que le nu-propriétaire ne l'aurait point encore acceptée[43].

Mais lorsqu'il s'agit d'un usufruit établi sur des immeubles, la renonciation ne devient efficace à l'égard des tiers qui, du chef

[40] Cpr. texte, lett. A, nº 5 *supra*. Demolombe, X, 728 et 729.

[41] Pothier, *Du douaire*, nº 248. Proudhon, V, 2206. Demolombe, X, 733. Rouen, 19 mai 1862, Sir., 63, 2, 29.

[42] D'après le Droit romain, le consentement donné par l'usufruitier à la vente de la chose grevée d'usufruit emportait renonciation tacite à son droit. L. 4, § 12, D. *de doli mali except.* (44, 4). A notre avis, cette loi suppose un consentement donné à la vente de la pleine propriété; et, dans cette supposition, nous pensons que la solution qui s'y trouve énoncée, pourrait encore être admise aujourd'hui, malgré la disposition de l'art. 621. Cet article, dont l'objet a été d'empêcher que l'usufruitier ne fût privé de son droit par surprise, ne s'oppose pas à ce qu'il puisse, à raison de son concours à la vente, et par appréciation des faits et circonstances de la cause, être considéré comme y ayant en réalité renoncé. Cpr. Proudhon, V, 2173 et suiv.; Demolombe, X, 730 et 732; Req. rej., 2 février 1852, Sir., 52, 1, 178.

[43] Si, en règle générale, et surtout en matière de droits personnels, la renonciation ne devient irrévocable que par l'acceptation de celui auquel elle doit profiter, on peut admettre que l'acceptation cesse d'être nécessaire, lorsqu'il s'agit de la renonciation à un droit réel, qui restreignait l'exercice d'un droit plus étendu, ou qui primait un droit de même nature. Dans ce cas, en effet, il n'y a aucun motif pour exiger, de la part du titulaire du droit restreint ou primé, une acceptation qui doit être considérée comme ayant existé virtuellement et d'avance. C'est dans cet esprit que paraissent avoir été rédigés les art. 621 et 2180, qui, en indiquant la renonciation à l'usufruit et à l'hypothèque comme cause d'extinction de ces droits, ne requièrent pas qu'elle soit acceptée pour produire cet effet. Demolombe, X, 733 *bis*. Cpr. Civ. cass., 4 janvier 1831, Sir., 31, 1, 126; Req. rej., 19 novembre 1855, Sir., 56, 1, 145; Nîmes, 5 août 1862, Sir., 62, 2, 402. Voy. en sens contraire : Proudhon, V, 2220 et 2221.

de l'usufruitier, ont acquis et dûment conservé des droits sur cet usufruit, que par la transcription de l'acte qui la renferme ou du jugement qui la constate, et à partir seulement de l'accomplissement de cette formalité [44]. Loi du 23 mars 1855, art. 1, nos 2 et 3.

Les créanciers de l'usufruitier sont admis à demander, par voie d'action paulienne, la rétractation de la renonciation qu'il aurait faite au préjudice de leurs droits, sans être tenus de prouver l'existence d'une intention frauduleuse de sa part [45]. Art. 622.

D. Enfin, l'usufruit est susceptible de s'éteindre par l'usucapion de dix à vingt ans, accomplie au profit de celui qui, par juste titre et de bonne foi, a acquis *a non domino* la pleine propriété de l'immeuble [46] grevé de ce droit [47].

[44] Cpr. Troplong, *De la transcription.* no 94; Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, no 72; Flandin, *De la transcription*, I, 447 à 452.

[45] Cpr. sur ce point les développements donnés à la note 14 du § 313. Voy. cep. Demolombe, X, 735.

[46] Nous ne nous occupons pas du cas où un usufruit a été indûment constitué sur des immeubles déjà grevés d'usufruit au profit d'une autre personne. L'usufruit indûment constitué peut, il est vrai, se consolider par l'usucapion de dix à vingt ans. Cpr. § 227, texte et note 1re. Mais cette usucapion aura bien moins pour effet d'éteindre l'ancien usufruit, que d'en paralyser l'exercice pendant la vie de l'acquéreur du nouvel usufruit. Delvincourt, I, p. 370. Demolombe, X, 741.

[47] Cette proposition, nous le reconnaissons, n'est pas sans difficulté. On peut objecter que l'acquéreur de la pleine propriété d'un immeuble, n'ayant pas entendu acquérir et posséder l'usufruit comme tel, n'a pu, à l'aide de la prescription acquisitive, réunir cet usufruit à la nue propriété. On peut dire encore que l'application de l'art. 2265 se trouve ici écartée par le rapprochement des art. 2264 et 617, puisque ce dernier article n'admet d'autre mode d'extinction de l'usufruit par voie de prescription, que le non-usage pendant trente ans. Mais ces deux objections ne nous paraissent pas décisives. Nous répondrons à la première que, si *in apicibus juris* l'acquéreur n'a possédé l'usufruit que comme un attribut de la pleine propriété (*ususfructus causalis*), et non comme un démembrement de cette dernière (*ususfructus formalis*), il n'en a pas moins exercé en fait la jouissance que l'usufruitier aurait dû exercer, et s'est par là substitué en son lieu et place; ce qui doit suffire pour la complète consolidation de son acquisition. La seule conséquence à tirer de l'objection à laquelle nous répondons en ce moment, c'est que l'usufruit, n'ayant été possédé que comme attribut de la pleine propriété, ne peut s'acquérir d'un côté et se perdre de l'autre que par sa réunion à la nue propriété; et c'est aussi ce que nous disons dans la suite du texte. Quant à la seconde objection, elle n'a point en matière d'usufruit une valeur absolue, puisqu'on reconnaît généralement que, malgré la disposition de l'art. 2264, l'acquéreur de l'usufruit d'un immeuble déjà grevé d'usufruit peut, en vertu de l'art. 2265, consolider son acquisition par l'usucapion de dix à vingt ans. Cpr. § 227, texte et note 1re. Nous ajouterons qu'il serait peu rationnel que

L'usufruit formant un démembrement de la propriété, et constituant pour l'usufruitier un bien compris dans son patrimoine, celui-ci ne peut en être privé qu'au moyen d'une usucapion réunissant quant à lui toutes les conditions requises par le Droit commun. Ainsi, il faut que le tiers acquéreur ait ignoré au moment de son acquisition l'existence de l'usufruit; qu'il n'y ait eu dans la personne de l'usufruitier aucune cause de suspension de prescription; et que la jouissance de l'acquéreur ait duré pendant le temps nécessaire, eu égard au domicile de l'usufruitier [48]. D'un autre côté, comme l'usufruit ne peut s'éteindre dans l'hypothèse actuelle que par suite de sa réunion à la nue propriété, il faut que l'usucapion se trouve également accomplie par rapport au nu-propriétaire, de sorte que les causes qui auraient empêché l'usucapion de s'accomplir à son égard, formeraient également obstacle à son accomplissement au préjudice de l'usufruitier [49].

Que si une personne avait acquis *a domino* la pleine propriété d'un immeuble grevé d'usufruit, dans l'ignorance de l'existence de ce droit, elle pourrait également le réunir à la nue propriété, par une usucapion de dix à vingt ans accomplie contre l'usufruitier personnellement [50]. Mais, dans cette hypothèse, l'usufruit serait bien moins éteint, que simplement paralysé dans son exercice [51]; et l'usufruitier aurait un recours en indemnité contre le nu-propriétaire par le fait duquel il a été privé de son droit de jouissance [52].

l'usufruitier fût, par l'effet de la prescription acquisitive, privé de son droit vis-à-vis de celui qui n'aurait acquis que l'usufruit, et que cependant il le conservât, malgré cette prescription, au regard de celui qui aurait acquis la pleine propriété. Dans ces deux hypothèses, en effet, un tiers ayant exercé au lieu et place de l'usufruitier le droit de jouissance qui compétait à ce dernier, la même raison milite pour admettre l'usucapion dans la seconde de ces hypothèses, aussi bien que dans la première. Proudhon, IV, 2123 à 2129. Troplong, *De la prescription*. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 226. Taulier, II, p. 338. Demante, *Cours*, II, 463 *bis* II. Demolombe, X, 742.

[48] Proudhon, IV, 2158.

[49] Proudhon, IV, 2154 à 2156.

[50] Duranton, IV, 673. Marcadé, sur l'art. 624, appendice nº 1.

[51] Demolombe, X, 741. Voy. cep. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 226; Marcadé, *loc. cit.*

[52] Arg. art. 599, al. 1. Proudhon, IV, 2129. Demolombe, X, 741.

§ 235.

Des conséquences de l'extinction de l'usufruit.

1° La cessation de l'usufruit, par toute autre cause que la perte de la chose ou la consolidation sur la tête de l'usufruitier, a pour effet direct et immédiat de faire rentrer le nu-propriétaire dans le droit de jouissance dont il avait été temporairement privé[1].

Il a donc, dès le moment de la cessation de l'usufruit, droit aux fruits naturels pendants par branches ou racines sur les fonds que l'usufruitier exploitait lui-même; et ce, sans être tenu envers lui à aucune indemnité pour frais de labours ou de semences. Art. 585. Les fruits civils appartiennent également, dès ce moment, au nu-propriétaire, en ce sens qu'ils se partagent, entre lui et l'usufruitier ou ses ayants-droit, dans la proportion indiquée par l'art. 586.

Le retour du droit de jouissance, s'opérant *ipso facto* au profit du nu-propriétaire, impose à l'usufruitier ou à ses héritiers l'obligation de restituer sans délai les objets qui se trouvaient soumis à l'usufruit; et l'indue possession qu'ils en auraient conservée de fait après la cessation de l'usufruit, les rendrait passibles de dommages-intérêts. Cette proposition doit même s'appliquer aux sommes d'argent comprises dans l'usufruit, de sorte que, faute de restitution immédiate de ces sommes, l'intérêt en court de plein droit, au profit du nu-propriétaire, du jour de l'extinction de l'usufruit[2].

La règle de restitution immédiate qui vient d'être posée, doit cependant recevoir un certain tempérament quand il s'agit d'une maison que l'usufruitier habitait lui-même avec sa famille. Dans ce

[1] Pothier, *Du douaire*, n° 268. Proudhon, V, 2570. Demolombe, X, 635.

[2] *Non obstat* art. 1153, al. 3. Les rapports de l'usufruitier avec le nu-propriétaire ne sont pas ceux d'un débiteur et d'un créancier ordinaires ; et il s'agit bien moins ici de l'obligation de payer une somme d'argent, que de celle de restituer un capital usufructuaire, dont la jouissance ne peut pas s'étendre au delà de la durée de l'usufruit. Nous ajouterons que l'usufruitier doit être présumé avoir placé ce capital, par cela même qu'il n'en avait la jouissance qu'à titre d'usufruitier ; et qu'il ne serait pas juste que sa négligence à le restituer privât le nu-propriétaire de la faculté d'en tirer profit. Demolombe, X, 637. Req. rej., 11 mars 1846, Sir., 46, 1, 561. Voy, cep. Req. rej., 30 novembre 1829, Sir., 30, 1, 23. — Il est bien entendu que, si les héritiers de l'usufruitier avaient joui d'un capital usufructuaire dans la croyance que leur auteur en était propriétaire, ils n'en devraient les intérêts qu'à partir de la cessation de leur bonne foi.

cas, la veuve et les héritiers de l'usufruitier seraient autorisés à demander l'octroi d'un délai suffisant pour se procurer une autre habitation, mais à charge bien entendu de payer le loyer de la maison tant qu'ils continueraient de l'occuper[3].

L'usufruitier qui se trouve dans l'impossibilité de restituer en nature les objets dont il n'était pas devenu propriétaire, et de justifier qu'ils ont péri sans sa faute, doit en payer la valeur estimative au jour de l'ouverture de l'usufruit, avec dommages-intérêts s'il y a lieu[4].

L'obligation de restitution imposée à l'usufruitier ou à ses héritiers comprend, non-seulement les objets qui se trouvaient *ab initio* soumis à l'usufruit, mais encore les accessions qu'ils ont pu recevoir par des événements de la nature, et même les améliorations provenant du fait de l'usufruitier, sauf seulement l'exercice de la faculté d'enlèvement dont il sera parlé ci-après. Art. 599, al. 2, et arg. de cet article.

2° L'usufruitier qui a fait des avances pour le compte du nu-propriétaire, en acquittant des charges affectant la nue propriété aussi bien que l'usufruit, est autorisé à demander le remboursement de ces avances[5], avec intérêts à partir du jour de la cessation de l'usufruit[6].

Lorsque l'usufruitier a exécuté lui-même des grosses réparations que le nu-propriétaire aurait négligé ou refusé de faire, il est en droit, lors de la cessation de l'usufruit, d'en répéter les frais[7],

[3] Proudhon, V, 2570 et 2583. Demolombe, X, 638 et 639.

[4] Cpr. § 230, texte n° 1, note 14 à 16 ; § 231, texte n° 3, notes 5 à 7.

[5] Art. 609, al. 3, et art. 612, al. 3. Cpr. § 231, texte n° 6, notes 25 à 30, et texte n° 7, notes 32 et 33 ; § 232, texte et note 4.

[6] *Nec obstat* art. 1153, al. 3 : Cpr. note 2 *supra*. Voy. aussi § 441, texte et note 11. Dès qu'on admet que l'usufruitier ou ses héritiers sont de plein droit tenus des intérêts des sommes comprises dans l'usufruit, on doit, par une juste réciprocité, reconnaître qu'ils ont également droit, dès la cessation de l'usufruit, à la bonification des intérêts des avances faites pour le compte du nu-propriétaire. Civ. rej., 23 avril 1860, Sir., 61, 1, 544.

[7] Décider le contraire, en refusant à l'usufruitier tout droit à indemnité pour les grosses réparations qui tourneraient au profit du nu-propriétaire, ce serait contrevenir à la règle d'équité *Nemo cum damno alterius locupletior fieri debet.* On objecterait en vain que, d'après le second alinéa de l'art. 599, l'usufruitier n'a aucune indemnité à réclamer pour les améliorations par lui faites, puisque des grosses réparations, qui constituent toujours des impenses nécessaires, ne sauraient être assimilées à de simples améliorations, qui ne forment que des im-

mais jusqu'à concurrence seulement de la mieux value ressortant encore à cette époque des travaux qu'il a effectués [8].

Que si, en l'absence de toute convention conclue avec le nu-propriétaire, l'usufruitier avait élevé des constructions nouvelles sur le terrain soumis à l'usufruit, il serait autorisé à réclamer du nu-propriétaire, qui prétendrait les conserver en vertu de son droit d'accession, le remboursement du prix des matériaux et de la main-d'œuvre, ou à enlever ces constructions si ce dernier ne voulait pas satisfaire à cette obligation [9].

Mais l'usufruitier n'a droit à aucune indemnité pour les simples améliorations, au nombre desquelles il faut ranger les ouvrages ajoutés à des constructions préexistantes, ainsi que les plantations faites dans le fonds soumis à l'usufruit [10]. Art. 599, al. 2.

Toutefois, l'usufruitier est autorisé à déduire du montant des dommages-intérêts dont il serait passible pour dégradations par lui commises, celui des améliorations qu'il aurait effectuées [11].

D'un autre côté, la loi permet à l'usufruitier d'enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, à charge de

penses utiles. Aussi la proposition émise au texte est-elle généralement admise. Voy. les autorités citées à la note suivante. Voy. en sens contraire : Coulon, *Quest. de droit*, I, 267. Cpr. aussi Bourges, 13 juin 1843, Sir., 43, 2, 513.

[8] Le nu-propriétaire n'étant pas tenu de faire les grosses réparations, et le recours accordé à l'usufruitier n'étant fondé que sur la règle d'équité rappelée à la note précédente, ce recours ne peut avoir lieu que dans la mesure du profit que le nu-propriétaire retirera, après la cessation de l'usufruit, des grosses réparations faites par l'usufruitier ; et ce d'autant plus, que ce dernier a profité lui-même, pendant toute la durée de sa jouissance, des avantages résultant de ces réparations. Bourjon, *Droit commun de la France*, au titre *De l'usufruit*, chap. IV, nº 8. Duvergier, sur Toullier, III, 444, note *a*. Bugnet, sur Pothier, VI, p. 438. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 201. Demolombe, X, 593. Voy. en sens contraire : Proudhon, IV, 1694, et V, 2598 ; Toullier, III, 444 ; Hennequin, II, p. 440. Suivant ces derniers auteurs, l'usufruitier qui a fait exécuter des grosses réparations, aurait droit au remboursement intégral du prix des matériaux et de la main-d'œuvre.

[9] Cette proposition a déjà été justifiée à la note 22 du § 204.

[10] Voy. § 204, texte *in fine*, notes 22 et 23.

[11] Pour apprécier l'état de l'immeuble lors de la restitution qui doit en être faite, il faut bien moins l'envisager dans ses détails que dans son ensemble ; et à ce point de vue, comme le fait remarquer Pothier, il ne peut être censé détérioré que sous la déduction de ce dont il est amélioré. Pothier, *Du douaire*, nº 277, et *De la propriété*, nº 350. Maleville, sur l'art. 599. Toullier, III, 428. Duranton, IV, 622. Proudhon, IV, 1664 ; et V, 2625. Demolombe, X, 647 et 648. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 231, note 2.

rétablir les lieux dans leur état primitif. Art. 599, al. 3. Cette faculté d'enlèvement paraît devoir s'étendre à tous les objets mobiliers placés par l'usufruitier pour l'amélioration du fonds, à l'exception seulement de ceux qui seraient devenus immeubles par nature[12].

APPENDICE.

Du quasi-usufruit. — De l'usufruit d'un fonds de commerce, et de celui d'un troupeau.

§ 236.

1° *Du quasi-usufruit.*

Le quasi-usufruit est celui qui porte sur des objets dont on ne peut faire usage sans les consommer. Art. 587.

Le quasi-usufruitier doit, comme l'usufruitier proprement dit, faire dresser, avant son entrée en jouissance, un inventaire contenant la description exacte de la quantité et de la qualité des objets soumis à l'usufruit. Il est aussi tenu en principe de fournir, pour sûreté des restitutions à faire à la fin de l'usufruit, un cautionnement, dont l'importance se détermine d'après la valeur des objets sur lesquels porte son droit[1]. Les explications données au § 229 sur cette double obligation s'appliquent également au quasi-usufruit.

A la différence de l'usufruit proprement dit, le quasi-usufruit, qui, sous ce rapport, présente une grande analogie avec le prêt

[12] Les termes *et autres ornements* qu'on lit dans l'art. 599, ne paraissent pas y avoir été insérés dans un sens restrictif, puisqu'il n'existe aucun motif rationnel pour distinguer, quant à la faculté d'enlèvement, entre les ornements et les autres objets mobiliers que l'usufruitier a attachés au fonds dans l'intérêt de sa jouissance, alors du moins qu'ils ne sont pas devenus immeubles par nature. En effet, ces objets n'ayant pas été placés par le propriétaire lui-même, ont conservé leur nature de meubles, sans se transformer en immeubles par destination, et sont ainsi restés la propriété de l'usufruitier. Si ce dernier n'est point autorisé à enlever les objets mobiliers qui, quoique placés par lui, ont revêtu le caractère d'immeubles par nature, c'est qu'ils sont devenus la propriété du nu-propriétaire en vertu du principe de l'accession. Cpr. sur la manière de distinguer ces deux classes d'objets : § 164, texte n° 1, notes 61 et 65. Voy. dans le sens de notre opinion : Demolombe, X, 642. Voy. en sens contraire : Proudhon, III, 1442.

[1] Proudhon, III, 105. Demolombe, X, 288.

de consommation, transfère au quasi-usufruitier la propriété des choses formant l'objet de son droit.

Ce dernier est donc autorisé à en disposer librement, et peut, à la fin de l'usufruit, se libérer à son choix, soit par la restitution en pareille quantité de choses de même qualité[2], soit par le paiement de leur valeur estimative au jour de la cessation de son droit[3]. Art. 587.

[2] L'art. 587 porte « de pareille quantité, qualité *et valeur.*» Nous avons supprimé dans le texte ces derniers mots, qui semblent exiger, pour la restitution en nature des objets soumis à un quasi-usufruit, une condition qui, en réalité, n'est pas requise. Lorsque l'usufruitier veut restituer en nature les objets qu'il a reçus, il peut et doit, pour se libérer, rendre en pareille quantité des objets de même qualité, sans égard à leur diminution ou augmentation de valeur pendant la durée de l'usufruit. Sous ce rapport, l'art. 1892 nous paraît plus exactement rédigé que l'art. 587. Marcadé, sur l'art. 587, nº 2. Demante, *Cours*, II, 126 *bis* II. Demolombe, X, 294.

[3] Delvincourt, I, part. II, p. 351. Troplong, *Du prêt*, nº 219 ; *De la société*, II, 590, et *Du contrat de mariage*, IV, 3159. Deux autres opinions ont été émises sur ce point. D'après la première, l'usufruitier jouirait bien de la faculté de se libérer, soit en nature, soit en argent ; mais, dans ce dernier cas, l'estimation des objets à restituer devrait se faire d'après leur valeur, au jour de l'ouverture de l'usufruit, et non à celui de sa cessation. Voy. en ce sens : Toullier, III, 398 ; Proudhon, V, 2634. Cette première opinion doit être rejetée, comme contraire au principe sur lequel reposent les dispositions des art. 1897 et 1903, et comme conduisant à des conséquences inadmissibles. Il en résulterait, en effet, que si la valeur des objets soumis à l'usufruit avait diminué, l'usufruitier les restituerait en nature, et que si, au contraire, elle avait augmenté, il rembourserait le montant de leur estimation au jour de l'ouverture de l'usufruit, ce qui mettrait de son côté toutes les chances favorables, et du côté du nu-propriétaire toutes les chances défavorables. La seconde opinion, en refusant à l'usufruitier l'alternative que nous lui reconnaissons, enseigne que ce dernier doit toujours et uniquement, soit le montant de l'estimation lorsque les objets soumis à l'usufruit ont été évalués lors de l'ouverture de ce droit, soit une pareille quantité d'objets de même qualité dans l'hypothèse contraire. Voy. en ce sens : Duranton, IV, 577; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 168; Marcadé, sur l'art. 587, nº 2 ; Demante, II, 126 *bis* I; Demolombe, X, 291 à 293. Mais cette interprétation distributive ne se concilie guère avec le texte de l'art. 587, qui, sans distinguer entre les deux hypothèses qu'on est obligé d'y supposer, donne d'une manière absolue à l'usufruitier la faculté de se libérer à son choix par une restitution en nature ou en argent. Nous reconnaissons bien, ainsi que cela ressortira de la suite du texte, que si les objets sujets à l'usufruit ont été estimés dans la vue de déterminer le mode et le taux de la restitution, l'usufruitier pourra et devra se libérer en remboursant le montant de l'estimation, si ce n'est par application de l'art. 587, du moins en vertu de la dérogation conventionnelle apportée à sa disposition. Ce que nous ne saurions admettre, c'est qu'un pareil effet soit

Que si la valeur des objets soumis au quasi-usufruit avait été fixée dans le titre constitutif de ce droit, ou si, lors de son ouverture, ils avaient été estimés dans la vue de déterminer le mode et le taux de la restitution, le quasi-usufruitier, devenu débiteur du montant de l'estimation, serait tenu de le rembourser, et ne pourrait, d'un autre côté, être contraint à payer la valeur actuelle des objets qu'il a reçus.

2° *De l'usufruit d'un fonds de commerce.*

Un fonds de commerce comprenant non-seulement des marchandises, mais encore le matériel de l'établissement ainsi que l'achalandage, et même, selon les cas, des instruments de fabrication et des brevets d'invention, ne saurait être rangé dans la classe des choses qui se consomment par le premier usage: un pareil fonds constitue une sorte d'universalité (*universum corpus*)[4], qui continue de subsister, tant par la conservation des objets qui ne sont pas destinés à être vendus, que par le renouvellement successif des marchandises qui en font partie.

attaché à toute estimation faite dans des circonstances quelconques, par exemple lors de l'inventaire de la succession de celui qui a constitué l'usufruit, et sans qu'il y ait à examiner, si elle a eu lieu pour servir de règle à la restitution. C'est aussi dans le sens de notre opinion que paraît devoir être entendue la loi 7, D. *de usuf. earum rer. quæ usu consum.* (7, 5).

[4] On dit ordinairement, en se fondant sur la loi 77, § 16, D. *de leg.* (2°), et sur l'interprétation qu'en a donnée Cujas (*in lib. VIII Responsorum Papiniani*), qu'un fonds de commerce constitue une sorte d'universalité juridique (*universum jus*, *nomen juris*), bien que Papinien et Cujas après lui ne parlent pas d'un fonds de commerce en général, mais spécialement d'une *mensa argentaria*, ou d'un établissement de banque, qui, se composant essentiellement et principalement de créances et de dettes, c'est-à-dire de choses incorporelles, ne se conçoit lui-même que comme un objet de cette nature. Or il en est autrement d'un fonds de commerce ordinaire, qui, comprenant principalement des marchandises ou autres choses corporelles, ne constitue, malgré sa nature particulière, et bien qu'il puisse accidentellement renfermer des objets incorporels, qu'une universalité de fait. Voilà pourquoi un pareil fonds n'est, à notre avis, qu'un *universum corpus*, et non un *universum jus*. La distinction que nous établissons ici n'est pas seulement de théorie; il en ressort cette importante conséquence pratique, qu'un fonds de commerce ne comprend pas de plein droit, et sauf intention contraire des parties ou du disposant, les dettes actives ou passives, tandis qu'on arriverait à un résultat diamétralement contraire, si on y voyait un *nomen juris* assimilable à une hérédité. Voy. Proudhon, III, 1025 à 1028, et IV, 1851; Troplong, *Du contrat de mariage*, IV, 3160 à 3163.

Il suit de là qu'en principe l'usufruitier d'un fonds de commerce n'en devient pas propriétaire[5]. Le contraire ne devrait être admis qu'autant que l'intention de faire passer à l'usufruitier la propriété même du fonds de commerce résulterait, soit du titre constitutif de l'usufruit ou des circonstances de son établissement, soit des arrangements pris lors de son ouverture[6].

L'usufruitier d'un fonds de commerce est autorisé à l'exploiter à ses risques et périls, bien qu'il n'en soit pas devenu propriétaire. Il peut même être requis de continuer cette exploitation : s'il s'y refusait, le nu-propriétaire serait en droit d'exiger la vente du fonds de commerce comme tel, avec son achalandage et tous les avantages qui y sont attachés[7].

L'usufruitier d'un fonds de commerce, qui, sans en être devenu propriétaire, en a continué l'exploitation, est autorisé, comme il y est obligé, de le restituer dans l'état où il se trouve lors de la cessation de l'usufruit, sauf aux parties à se tenir compte, d'après la nouvelle estimation qui en sera faite à cette époque, de la différence en plus ou en moins que présenterait cette estimation avec celle qui a eu lieu lors de l'ouverture de l'usufruit[8].

[5] Marcadé, sur l'art. 581, n° 2, et sur l'art. 1553, n° 1. Troplong, *op. et loc. citt.* Demolombe, X, 307. Req. rej., 10 avril 1814, Sir., 14, 1, 238. Req. rej., 13 décembre 1842, Sir., 43, 1, 22, Voy. en sens contraire : Proudhon, III, 1010 à 1024 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 170 ; Civ. cass., 9 messidor an XI, Sir., 4, 1, 29, et Merlin, *Rép.*, v° Usufruit, § 4, n° 9 ; Rouen, 5 juillet 1824, Sir., 25, 2, 132. Cpr. aussi Toulouse, 18 décembre 1832, Sir., 33, 2, 209. — La question résolue au texte est très-importante, dans le cas surtout où, l'usufruitier ayant continué le commerce et étant ultérieurement tombé en faillite, il s'agit de savoir si le nu-propriétaire n'a d'autre droit que celui de se présenter au passif comme créancier du montant de l'estimation du fonds de commerce, ou s'il est fondé à s'en faire reconnaître propriétaire, sauf aux créanciers à poursuivre la vente de l'usufruit de ce fonds.

[6] C'est dans des circonstances de cette nature qu'ont été rendus les arrêts suivants de la Cour de cassation : Civ. cass., 9 messidor an XI, Sir., 4, 1, 29; Req. rej., 13 décembre 1842, Sir., 43, 1, 22. — Les considérations de fait auxquelles se sont attachées les Cours de Rouen et de Toulouse, dans les arrêts cités à la note 5 *supra*, étaient, à notre avis, insuffisantes pour justifier la conclusion qu'elles en ont tirée.

[7] Il ne saurait appartenir à l'usufruitier, en cessant l'exploitation d'un fonds de commerce, et en en vendant les marchandises, de priver le nu-propriétaire du bénéfice de l'achalandage et des autres avantages qui peuvent être attachés à un pareil fonds. Cpr. § 229, texte et note 20.

[8] Ce mode de restitution, auquel conduit la combinaison des dispositions des art. 587 et 589, se trouve indiqué par la nature particulière d'un fonds de com-

Le mode de restitution avec décompte qui vient d'être indiqué, s'applique même au cas où le fonds de commerce se composerait, à la fin de l'usufruit, de marchandises qui ne seraient plus exactement les mêmes, quant à leur nature, forme et qualité, que celles qui le composaient lors de son ouverture, pourvu que d'ailleurs elles rentrent dans le même genre de négoce[9]. Ce mode de restitution s'applique également au matériel de l'établissement et aux instruments de fabrication [10]. Quant aux brevets d'invention, la restitution doit s'en faire par la remise des titres qui les établissent, sans que l'usufruitier soit tenu à aucune bonification pour ceux dont la durée serait expirée[11], et sans que, d'un autre côté, il puisse réclamer aucune indemnité à raison des annuités qu'il aurait acquittées.

L'usufruitier qui, par sa faute, a laissé dépérir le fonds de commerce, ou les objets qui en dépendent, est pour ce fait passible de dommages-intérêts envers le nu-propriétaire[42].

3° *De l'usufruit d'un troupeau.*

Un troupeau, bien que se composant d'un certain nombre d'animaux individuellement distincts les uns des autres, n'en constitue pas moins un objet unique[13].

merce, qui, quoique non fongible en soi, comprend cependant des choses que leur destination rend essentiellement fongibles. Cpr. Demolombe, X, 307.

[9] Les distinctions que Proudhon (III, 1010 et suiv.) a cherché à établir à ce sujet, en s'attachant aux qualités particulières et individuelles des marchandises composant tel ou tel fonds de commerce, doivent être rejetées, par le motif que la destination commune des marchandises comprises dans un fonds de commerce quelconque, les rend toutes fongibles. Cpr. Demolombe, *loc. cit.*

[10] En vain dirait-on que, ces objets ne se consommant pas par le premier usage, la restitution doit s'en faire conformément à l'art. 589, et qu'ainsi l'usufruitier se libère valablement en les restituant dans l'état où ils se trouvent, non détériorés par sa faute. Cette objection ne reposerait que sur une notion inexacte de l'usufruit d'un fonds de commerce, qui ne donne pas à l'usufruitier le droit de jouir du matériel et des instruments de fabrication attachés à un pareil fonds, comme de meubles ordinaires, mais seulement comme faisant partie d'un *universum corpus* qu'il est tenu d'entretenir en bon état.

[11] Arg. art. 588. Cpr. § 230, texte n° 2 et note 18 à 20.

[12] Cpr. Req. rej., 13 décembre 1842, Sir., 43, 1, 22.

[13] *Est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus.* § 18, *Inst. de leg.* (2, 20).

C'est sur cet objet unique, plutôt que sur les têtes de bétail individuellement envisagées, que porte l'usufruit d'un troupeau.

L'usufruitier d'un troupeau a droit à tous ses produits, notamment au lait, à la tonte, et aux engrais. Il a également droit au croît, mais sous certaines restrictions qui résultent de son obligation de conserver et d'entretenir le troupeau.

Le croît étant naturellement destiné à tenir le troupeau au complet, l'usufruitier n'y a droit qu'à la condition d'employer au remplacement des têtes de bétail qui viendraient à périr, non-seulement le croît à venir et les jeunes bêtes encore en sa possession[14], mais même le prix de celles dont il aurait disposé, fût-ce à une époque où le troupeau était au complet[15]. Art. 616, al. 2.

L'usufruitier est autorisé à disposer des têtes de bétail qui seraient devenues impropres à la reproduction, à la charge de les remplacer, non-seulement jusqu'à concurrence du croît, mais encore, le cas échéant, au moyen du prix qu'il en a retiré[16].

D'un autre côté, l'usufruitier est en droit de garder les peaux

[14] Les auteurs paraissent généralement d'accord sur ce premier point. Cpr Proudhon, III, 1094; Duranton, IV, 630; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 217; Marcadé, sur l'art. 616, n° 2; Demolombe, X, 315. Voy. cep. Taulier, II, p. 334. Cet auteur enseigne que l'usufruitier n'est tenu au remplacement qu'avec le croît postérieur aux pertes.

[15] Proudhon, III, 1093 et 1095. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Marcadé et Demolombe, *locc. citt.* L'usufruitier acquiert sans doute la propriété des jeunes bêtes, qui viennent à naître le troupeau étant au complet, et il a dès lors la faculté de les vendre ; mais ce droit de disposition est subordonné à la condition que le troupeau restera au complet. C'est ce que Marcadé et M. Demolombe reconnaissent eux-mêmes, puisqu'ils enseignent que l'usufruitier doit procéder au remplacement des bêtes qui ont péri, non-seulement avec le croît à venir, mais encore au moyen du croît antérieur qui se trouve encore en sa possession, et dont cependant il était devenu propriétaire. Or, ce point admis, on ne pourrait, sans inconséquence, dispenser l'usufruitier de tenir compte de ce croît antérieur, par cela seul qu'il en aurait disposé. Cette distinction, peu rationnelle en elle-même, serait également contraire à la disposition de l'art. 616, qui soumet d'une manière absolue l'usufruitier à l'obligation de remplacer, *jusqu'à concurrence du croît*, les têtes de bétail qui ont péri, sans le dégager de cette obligation quant au croît dont il aurait disposé. Il est, du reste, bien entendu que ce remplacement ne peut pas être exigé immédiatement, et que ce sera seulement lors de la cessation de l'usufruit que l'usufruitier, faute de représenter le nombre de bêtes dont le troupeau se composait à son origine, devra tenir compte des têtes manquantes jusqu'à concurrence du croît.

[16] Cpr. Proudhon, III, 1094 ; Demolombe, X, 314.

des bêtes qui ont péri, lorsqu'il les a remplacées. Au cas contraire, il en doit compte au nu-propriétaire [17]. Art. 616.

L'usufruit d'un troupeau ne s'éteint par la perte de la chose qu'autant que le troupeau a péri en entier [18], par accident ou par maladie, et dans ce cas l'usufruitier ne doit compte au nu-propriétaire que des cuirs ou de leur valeur. Art. 616, al. 1er.

Lors de la cessation de l'usufruit par une autre cause que la perte du troupeau, l'usufruitier est tenu de représenter un nombre de têtes de bétail égal à celui dont le troupeau se composait à l'ouverture de son droit. Faute de satisfaire à cette obligation, à laquelle il ne peut se soustraire qu'en prouvant que les bêtes manquantes ont péri par cas fortuit, et que le croît a été insuffisant pour combler le déficit, il doit bonifier au nu-propriétaire la valeur des têtes de bétail qu'il ne représente pas.

II. *De l'usage et de l'habitation.*

§ 237.

1° *De l'usage.*

L'usage est un droit réel, temporaire ou viager, qui donne à l'usager la faculté de se servir de la chose d'autrui et d'en percevoir les fruits, mais jusqu'à concurrence seulement de ses besoins et de ceux de sa famille. Art. 630.

Bien que l'art. 625 dise que le droit d'usage s'établit de la même manière que l'usufruit, on ne trouve cependant dans le Code aucun exemple de droit d'usage légal[1].

[17] Cpr. Proudhon et Demolombe, *locc. citt.*

[18] D'après le Droit romain, l'usufruit d'un troupeau s'éteint, lorsque le nombre de bêtes qui le composait se trouve tellement réduit qu'on ne peut plus considérer ce qui en reste comme constituant un troupeau. L. 31, D. *quib. mod. ususf. amitt.* (7, 4). L. 3, *proe. de abig.* (47, 14). Cette décision a été implicitement rejetée par l'art. 616, qui suppose que l'usufruit continue de subsister, tant que le troupeau n'a pas entièrement péri. Demolombe, X, 316.

[1] Les art. 1465 et 1570 ne sont pas constitutifs d'un véritable droit d'usage ou d'habitation. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 234. Marcadé, sur l'art. 625 Taulier, II, p. 243. Demante, *Cours*, II, 474 *bis*. Demolombe, X, 759. Voy. en sens contraire: Proudhon, VI, 2752 et 2799; Hennequin, II, p. 527; Zachariæ, §§ 232 et 233.

Le droit d'usage peut, de même que l'usufruit, se constituer, soit par une convention à titre onéreux ou gratuit, soit par acte de dernière volonté; et tout ce qui a été dit au § 228, sur l'établissement de l'usufruit par titre, s'applique également à l'usage.

D'un autre côté, l'usage peut, lorsqu'il porte sur des immeubles, s'acquérir, comme l'usufruit, par la prescription de dix à vingt ans ou de trente ans, à la condition que l'usager ait lui-même possédé le fonds qu'il prétend grevé de ce droit[2].

Les obligations de l'usager lors de son entrée en jouissance sont les mêmes que celles de l'usufruitier. Art. 626. Toutefois, l'usager est dispensé de fournir caution et de faire dresser un état des immeubles, lorsqu'il n'est pas mis en possession des objets sur lesquels porte son droit, et qu'il ne fait que recevoir des mains du propriétaire une portion des fruits ou revenus de ces objets[3].

Les droits de l'usager se règlent, en premier lieu, d'après le titre constitutif, qui peut lui accorder des avantages plus ou moins considérables. Art. 628.

A défaut de stipulations particulières sur l'étendue du droit d'usage, la loi trace à ce sujet les règles suivantes. Art. 629.

a. La portion de fruits à laquelle l'usager a droit se détermine d'après ses besoins et ceux de sa famille, en ce sens qu'il ne peut réclamer les diverses espèces de fruits provenant des fonds soumis à l'usage que dans la mesure de ce qui est nécessaire à sa consommation et à celle de sa famille, relativement à chacune de ces espèces de fruits[4]. Art. 630, al. 1er.

[2] Proudhon, VI, 2754. Duranton, V, 7. Voy. en sens contraire: Zachariæ, § 232. Cpr. Duvergier, sur Toullier, II, 469, note 5; Demolombe, X, 760. — Ces deux derniers auteurs semblent admettre la possibilité de la prescription acquisitive, même dans le cas où l'usager, n'ayant pas possédé le fonds prétenduement assujetti, aurait simplement reçu une portion des fruits de ce fonds des mains de celui qui a constitué le droit d'usage. A notre avis, cette décision doit être rejetée, comme contraire à la maxime *Sine possessione usucapio contingere non potest.* La délivrance périodique d'une portion des fruits d'un fonds, faite *a non domino,* ne saurait, bien qu'elle ait eu lieu à titre d'usage, être considérée comme constituant, au profit du prétendu usager, des faits de possession opposables au véritable propriétaire.

[3] Delvincourt, I, p. 372. Marcadé, sur l'art. 626. Demolombe, X, 792.

[4] Ainsi, l'usager d'un vignoble n'a droit à ses produits que jusqu'à concurrence de sa consommation en vin, sans pouvoir exiger la vendange entière, pour se procurer, au moyen de l'excédant, les autres denrées alimentaires qui lui seraient nécessaires. Proudhon, VI, 2770 et 2771. Demante, *Cours*, II, 476 *bis*. Demolombe, X, 772.

Sous l'expression *famille*, il faut ici comprendre : le conjoint de l'usager, dans le cas même où celui-ci n'aurait pas encore été marié lors de la constitution du droit d'usage[5]; ses enfants, qu'ils soient nés antérieurement ou postérieurement à cette époque, et sans qu'il y ait à distinguer entre les enfants légitimes ou légitimés, les enfants naturels reconnus, et les enfants adoptifs[6]; enfin les domestiques, ou autres serviteurs attachés à la famille, tels que les précepteurs ou institutrices des enfants[7]. Art. 630, al. 2.

Mais les parents collatéraux, et même les ascendants de l'usager, ne sont point à considérer comme faisant partie de sa famille pour le règlement de son droit[8], à moins que le contraire ne doive être admis, par interprétation de l'intention du constituant, pour les parents que l'usager entretenait déjà chez lui lors de la constitution du droit d'usage[9].

b. L'usager ne peut ni céder ni louer son droit; en d'autres termes, il lui est interdit de se substituer, par voie de cession ou de location, une tierce personne pour l'exercice de son droit. Art. 631. Il résulte de là que le droit d'usage ne peut pas non plus être saisi par les créanciers de l'usager, peu importe que ce droit ait été constitué à titre gratuit ou à titre onéreux[10]. Mais

[5] Arg., art. 630, al. 2, et art. 632. *Discours au Corps législatif*, par Gary (Locré, *Lég.*, VIII, p. 298 et 299, n° 31). Proudhon, VI, 2677. Duranton, V, 18. Taulier, II, p. 345. Demante, *Cours*, II, 476. Démolombe, VI, 776. Voy. cep. Hennequin, II, p. 537 et 538. — *Quid* si une veuve au profit de laquelle son mari a constitué un droit d'usage ou d'habitation, venait à se remarier? Tout en admettant en principe le maintien de ce droit, et même son extension aux besoins de la nouvelle famille, nous reconnaissons qu'on pourrait facilement décider le contraire par interprétation du titre constitutif. Cpr. en sens divers : Delvincourt, I, p. 373; Salviat, II, p. 183 et 210; Proudhon, VI, 2813; Demolombe, X, 777.

[6] Duranton, V, 10. Duvergier, sur Toullier, II, 469, note 5. Marcadé, sur l'art. 630, n° 1. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 237. Demolombe, X, 778. Voy. en sens contraire : Proudhon, VI, 2779. Cpr. aussi Hennequin, II, p. 539.

[7] Cpr. § 2, *Inst. de usu et habit.* (2, 5). Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.* Demolombe, X, 778.

[8] Proudhon, VI, 2776, 2778, 2817. Duranton, V, 19. Taulier, II, p. 345. Demolombe, X, 777. Voy. cep. Delvincourt, I, p. 373; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.*; Zachariæ, § 232, texte et note 6.

[9] Demolombe, X, 780. Cpr. Delvincourt, Du Caurroy, Bonnier et Roustain, et Zachariæ, *locc. citt.*

[10] Voy. aussi art. 2118, cbn. 2204. Cpr. § 359, texte et note 8, cbn. § 581, texte et note 3. Proudhon, VI, 2795, *in fine*. Duranton, V, 23 et 46. Troplong, *Des*

rien ne s'oppose à ce que l'usager puisse vendre la portion de fruits dont il est devenu propriétaire, soit par la perception qu'il en a faite lui-même, soit par la délivrance qu'il en a obtenue[11]; et, dans ce cas, ses créanciers sont également autorisés à saisir cette portion de fruits, à moins qu'il ne s'agisse d'un usage qui, constitué à titre gratuit, doive être considéré comme revêtant un caractère alimentaire[12].

En cas de silence du titre constitutif, l'usager de fonds ruraux est, en principe, fondé à exiger la délivrance de ces fonds pour les exploiter lui-même[13]. Ce principe, dont l'application ne saurait faire difficulté dans le cas où l'usager absorbe la totalité ou la majeure partie des fruits, est cependant sujet à modification dans l'hypothèse contraire. Il appartiendrait alors aux tribunaux de régler la position des parties, soit en établissant entre elles un partage de jouissance, soit en laissant l'exploitation des fonds au propriétaire, à charge de remettre annuellement à l'usager la portion de fruits qui lui revient, et sous telles autres conditions à déterminer suivant les circonstances[14].

L'usager est, pendant la durée de l'usage, soumis aux mêmes obligations que l'usufruitier. Ainsi, il doit jouir en bon père de famille. Art. 627. D'un autre côté, il est tenu de supporter les

hypothèques, III, 777 *bis*. Taulier, II, p. 346. Demante, *Cours*, II, 477 *bis*. Mimerel, *Revue critique*, 1854, IV, p. 422, nº 7. Genty, nº 344. Demolombe, X, 786 et 789. Chambéry, 8 mars 1862, Sir., 62, 2, 529. Voy. en sens contraire: Aix, 4 février 1853, Sir., 53, 2, 465. — Si un débiteur s'était fait constituer un droit d'usage, moyennant l'abandon de certains biens mobiliers ou immobiliers qu'il aurait ainsi soustraits aux poursuites de ses créanciers, ces derniers pourraient, le cas échéant, provoquer la rétractation d'une pareille convention, comme faite en fraude de leurs droits. Mais c'est là une question toute différente de celle que nous avons résolue au texte.

[11] Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 237. Demante, *Cours*, II, 477 *bis*. Demolombe, X, 773. Voy. en sens contraire: Maleville, sur l'art. 630; Duranton, V, 25; Hennequin, II, p. 531; Zachariæ, § 232, texte et note 7.

[12] Cpr. Demante, *op. et loc. citt.*; Demolombe, X, 790.

[13] Ce droit découle pour l'usager de la nature même de l'usage, qui est un droit réel de jouissance. C'est aussi ce que suppose l'art. 626, qui soumet l'usager à l'obligation de faire des états et inventaires. Cpr. texte et note 3 *supra*. Demolombe, X, 771. Voy. en sens contraire: Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 240 et 261.

[14] Cpr. en sens divers: Proudhon, VI, 2760 et suiv.; Duranton, V, 27; Duvergier, sur Toullier, II, 469, note 5; Marcadé, sur l'art. 630, nº 2; Taulier, II, p. 347; Demolombe, *loc. cit.*; Zachariæ, § 232, note 2.

charges des fruits. Lorsqu'il ne prend qu'une portion des fruits, il n'est tenu de ces charges que dans la proportion des émoluments qu'il perçoit. Il supporte dans la même mesure les frais de culture des fonds qu'il n'exploite pas lui-même[15]. Art. 635.

Les règles sur l'extinction de l'usufruit s'appliquent également à l'usage, à cette modification près que l'usage étant incessible et insaisissable, les créanciers de l'usager ne seraient, ni admis à attaquer la renonciation faite par ce dernier à son droit, ni recevables à intervenir sur la demande en déchéance formée contre lui pour abus de jouissance[16]. Art. 625[17].

2° *Du droit d'habitation.*

Le droit d'habitation n'est qu'un droit d'usage ayant pour objet une maison d'habitation[18]. C'est ce qui ressort de l'ensemble des dispositions des art. 625 à 635[19], et surtout de l'art. 634. En étendant au droit d'habitation la défense de louer, déjà établie pour le droit d'usage par l'art. 631, l'article précité a fait en effet dis-

[15] On a voulu soutenir que les frais de culture devaient être prélevés sur le produit brut des fonds soumis à l'usage, et que l'usager avait le droit d'exiger sur le produit net toute la portion de fruits nécessaire à ses besoins. Voy. Proudhon, VI, 2791 à 2794; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 241. Mais cette manière de voir est en opposition formelle avec l'art. 635, et aurait pour résultat de transformer le droit d'usage en une créance alimentaire contre le propriétaire. Duvergier, sur Toullier, II, 469, note 1re. Demante, *Cours*, II, 479 *bis*. Demolombe, X, 800 et 801. — On remarquera, du reste, que l'art. 635 ne parle que des *frais de culture*, et non *des semences*, qui se prélèvent en nature sur le produit bruit. Cpr. Duranton, V, 38; Demante, *op. et loc. cit.*; Demolombe, X, 802.

[16] Proudhon, VI, 2795 et 2820. Démolombe, X, 764.

[17] A la différence de l'usufruit, l'usage constitué à titre gratuit, et revêtant comme tel un caractère alimentaire, ne s'éteignait pas par la mort civile de l'usager. Arg., art. 25, al. 3. Cpr. § 234, note 1re. Maleville, sur l'art. 617. Marcadé, sur l'art. 625. Demolombe, X, 763. Voy. cep. Proudhon, VI, 2795 et 2825.

[18] Le droit d'habitation, tel qu'il est établi par le Code, n'est que le *usus ædium* des Romains, et ne constitue plus un droit d'une nature particulière. Cpr. §§ 2 et 5, *Inst. de usu et habit.* (2, 5). Hennequin, II, p. 524. Demolombe, X, 753.

[19] En effet, les art. 625 à 629 et 635 sont communs au droit d'usage et au droit d'habitation. D'un autre côté, les art. 633 et 634 ne font que reproduire, en ce qui concerne le droit d'habitation, les dispositions des art. 630 et 631 relatives au droit d'usage. Quant à la règle posée par l'art. 632, quoique paraissant spéciale au droit d'habitation, elle s'applique également au droit d'usage. Cpr. texte n° 1 et note 5 *supra*.

paraître l'une des principales différences qui, d'après les lois romaines, existaient entre l'*usus ædium* et l'*habitatio*.

Toutes les règles développées au numéro précédent, en ce qui concerne l'usage, s'appliquent également au droit d'habitation. Spécialement, celui auquel compète un droit d'habitation dans une maison dont il n'occupe qu'une partie, est tenu de contribuer dans la proportion de cette partie aux réparations d'entretien de la maison entière, sans pouvoir se soustraire à cette obligation, en offrant de supporter seul les dépenses d'entretien du logement qu'il habite[20]. Art. 635.

CHAPITRE II.

Des servitudes réelles ou services fonciers (servitudes sensu stricto).

SOURCES. Code Nap., art. 637 à 645, 649 à 652, 682 à 710. Loi du 25 avril 1845. Loi du 11 juillet 1847. Loi du 10 juin 1854. — BIBLIOGRAPHIE. Cœpolla, *De servitutibus;* Coloniæ 1759, in-4°. *Traité des servitudes réelles*, par Lalaure, nouv. édit., par Paillet; Paris 1828, 1 vol. in-8°. *Von den Servituten nach dem Sinne der römischen und napoleonischen Gesetzgebung*, par Münter; Hanovre 1810, 2 vol. in-8°. *Traité des servitudes réelles*, par Solon; Paris 1837, 1 vol. in-8°. *Traité des servitudes ou services fonciers*, par Pardessus, 8e édit.; Paris 1838, 2 vol. in-8°. *Die Theorie der Servituten des französischen Rechts*, par Barbo; Mannheim 1855, 1 vol. in-8°.

INTRODUCTION.

§ 238.

La servitude (*sensu stricto*) est un droit réel établi sur un héritage pour l'utilité ou l'agrément d'un héritage appartenant à un autre propriétaire[1]. Art. 637.

[20] Proudhon, VI, 2824. Demolombe, X, 797. Nous ne parlons pas des réparations locatives qui, pour le logement occupé par celui auquel compète le droit d'habitation, restent, bien entendu, à sa charge exclusive. Cpr. art. 1754 et 1755; § 367, texte et note 22.

[1] Le mot *héritage*, qui, d'après son acception primitive, indique ce qui échoit par succession, se trouvait employé dans nos anciennes coutumes pour désigner les immeubles réels ou par nature, c'est-à-dire les fonds de terre et les bâtiments. C'est en ce sens que cette expression a passé dans le Code, comme terme technique en matière de servitudes et d'hypothèques. Cpr. art. 2179 et 2170.

L'héritage auquel la servitude est due s'appelle *héritage dominant;* celui qui la doit, *héritage servant*. Toutefois il n'existe, abstraction faite de la charge résultant de la servitude, aucune prééminence de l'un des héritages sur l'autre. Art. 638[2].

Les servitudes sont établies par la loi ou par le fait de l'homme. Art. 639[3].

Les servitudes légales ont pour objet, soit l'utilité publique[4] ou communale, soit l'utilité des particuliers. Art. 649.

Le Code Napoléon ne s'occupe que transitoirement des servitudes d'utilité publique ou communale, qui sont réglées par des lois particulières. Art. 650. Il ne traite même que d'une partie des servitudes établies dans l'intérêt de la propriété foncière, et renvoie pour les autres aux lois sur la police rurale; c'est-à-dire aux dispositions de la loi des 28 septembre - 6 octobre 1791[5]. Art. 651 et 652.

Les servitudes procédant du fait de l'homme peuvent être établies, non-seulement par convention, mais encore par testament, et même, suivant les cas, par la possession trentenaire ou par la destination du père de famille[6].

Le Code ne pose pas de principes communs aux servitudes légales et aux servitudes établies par le fait de l'homme; mais les règles qu'il trace pour ces dernières, en ce qui concerne leur exercice et les droits ou obligations qu'elles produisent, s'appliquent également aux servitudes légales, à moins que ces règles ne soient

[2] L'objet de cet article a été d'empêcher que les servitudes pussent jamais fournir l'occasion de ressusciter la hiérarchie foncière qui servait de base au régime féodal. *Discours de Gillet, orateur du Tribunat* (Locré, *Lég.*, VIII, p. 402, n° 5). Cpr. Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. I, art. 1er.

[3] Les servitudes que cet article déclare dériver de la situation naturelle des lieux, et qu'il oppose aux servitudes établies par la loi, ne sont en réalité que des servitudes légales. Toullier, III, 484 et 485. Demante, *Cours*, II, 488 *bis*. Cpr. Demolombe, XI, 7.

[4] Les termes *utilité publique* doivent s'entendre dans l'art. 649, tout aussi bien de l'utilité des départements que de celle de l'État.

[5] Voy. sur le droit qu'a le propriétaire d'un essaim d'abeilles, de le suivre dans le fonds d'autrui : Loi précitée, tit. I, sect. III, art. 5; § 201, texte, n° 1, lett. *a;* § 243, texte et note 37. — Voy. sur le droit de vaine pâture : même loi, tit. I, sect. IV; § 191, texte, n° 3. — Voy. sur le droit de passage auquel sont soumis les fonds bordant un chemin public devenu impraticable : même loi, tit. II, art. 41 ; § 243, texte et note 36.

[6] La rédaction de l'art. 639 est évidemment incomplète dans sa disposition finale. Voy. art. 690 à 694.

contraires aux dispositions spéciales qui régissent les différentes servitudes de ce genre [7].

Du reste, les servitudes légales peuvent en général être déterminées d'une manière plus précise, ou même modifiées, soit au moyen de conventions, soit par l'effet de la prescription [8].

Les anciennes servitudes coutumières que le Code Napoléon passe sous silence, ne subsistent plus aujourd'hui comme servitudes légales, et ne peuvent même pas être invoquées à ce titre pour faire maintenir un état de choses antérieur à sa promulgation [9]. Cette observation s'applique notamment à la servitude admise dans quelques coutumes sous le nom d'*échellage* ou de *tour d'échelle*, en vertu de laquelle le propriétaire d'un mur non mitoyen pouvait, pour y exécuter les réparations nécessaires, faire passer ses ouvriers et ses matériaux sur le fonds joignant ce mur [10]. La même observation s'applique à la servitude autrefois connue en Alsace sous le nom de *droit de charrue* (*Pflugrecht*), d'après laquelle le propriétaire d'un champ formant traversant devait, quand il voulait y élever des constructions, laisser libre un espace de terrain suffisant pour le tour de la charrue. On doit, par le même principe, décider que le propriétaire d'un arbre fruitier dont les branches s'étendent sur le fonds voisin, ne peut plus, pour la récolte de ces fruits, réclamer sans indemnité le droit de passage que lui accordait le Droit romain [11].

[7] Pardessus, I, 74.

[8] Toullier, III, 591. Pardessus, I, 93.

[9] Cpr. § 30, texte II, nº 2, lett. *c*.

[10] *Discours du tribun Gillet au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, VIII, p. 406 et suiv., nº 11). Merlin, *Rép.*, vº Tour d'échelle. Toullier, III, 559 à 563. Voy. cep.: Pardessus, I, 227; Duranton, V, 316. Suivant ces auteurs, le passage pourrait être demandé, pour la réparation d'un mur même non mitoyen, dans les localités où la clôture est forcée. Cpr. aussi Demolombe, XI, 422. Tout en admettant le principe posé au texte sans la modification proposée par MM. Pardessus et Duranton, notre savant collègue estime cependant que la servitude d'échellage pourrait encore être invoquée pour les constructions antérieures au Code Napoléon. Nous croyons devoir rejeter ces différentes distinctions, qui ne nous paraissent pas suffisamment justifiées. Mais nous pensons qu'un propriétaire qui se trouverait dans l'impossibilité absolue de faire à ses constructions des réparations devenues indispensables, sans passer sur le fonds voisin, pourrait y être autorisé moyennant une juste et préalable indemnité. Arg. art. 682. Bruxelles, 28 mars 1823, Sir., 25, 2, 374.

[11] Voy. *L. uni.* D. *de glande legenda* (43, 28). Il nous paraîtrait difficile de refuser d'une manière absolue au propriétaire de l'arbre la faculté de demander, moyennant indemnité, le passage nécessaire pour récolter des fruits qui en

Nous avons éliminé de la théorie des servitudes, d'une part, les limitations normales auxquelles se trouve soumis l'exercice du droit de propriété, d'autre part, les obligations qui sont imposées aux propriétaires comme tels, et enfin les dispositions relatives à la mitoyenneté. Cpr. art. 651 et 652. Ces matières, qui rentrent dans la théorie de la propriété ou de la copropriété, bien plus que dans celle des servitudes, ont été exposées aux §§ 194 à 200 et 222.

Sous la rubrique *Des servitudes légales d'utilité privée*, nous exposerons, avec les développements qu'elles comportent, les règles qui régissent les servitudes relatives à l'irrigation et au passage des eaux nuisibles établies par les lois du 29 avril 1845, du 11 juillet 1847, et du 10 juin 1854.

I. DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

A. *Des servitudes légales d'utilité publique ou communale* [1].

§ 239.

On range ordinairement sous ce titre les différentes restrictions apportées dans un intérêt public à l'exercice du droit de propriété. Une méthode, tout à la fois plus rigoureuse et plus conforme aux dispositions de l'art. 650, nous a conduits à ne classer parmi les servitudes d'utilité publique ou communale que les charges qui constituent de véritables servitudes dans le sens de la définition donnée par l'art. 637. Les simples limitations apportées, dans un intérêt public, à l'exercice du droit de propriété ayant déjà été exposées au § 193, nous n'aurons à mentionner ici que les charges qui, établies en vue d'un intérêt public ou communal, sont imposées à certains fonds pour l'avantage d'autres fonds.

Au premier rang des servitudes d'utilité publique se placent celles que l'on désigne sous le nom de *servitudes militaires*, et qui sont

définitive lui appartiennent. Arg. art. 682. Cpr. en sens divers : Merlin, *Rép.*, v° Arbre, § 8 ; Toullier, III, 517 ; Pardessus, I, 196 ; Delvincourt, I, p. 564 ; Duranton, V, 400 ; Zachariæ, § 242, texte et note 4 ; Marcadé, sur l'art. 672, n° 5 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 310 ; Taulier, II, p. 496 ; Demolombe XI, 513.

[1] Cpr. sur cette matière : *Traité du domaine public*, par Proudhon ; Dijon 1833 et 1834, 5 vol. in-8°. *Traité des servitudes d'utilité publique*, par Jousselin ; Paris 1850, 2 vol. in-8°. *Essai sur la législation et la jurisprudence concernant les charges établies dans un intérêt de voirie*, par Feraud-Giraud ; Paris 1851, 2 vol. in-8°.

imposées, dans l'intérêt des places de guerre et des postes militaires, sur les fonds compris dans les différentes zones tracées autour de ces places et de ces postes [2].

Une seconde classe renferme les servitudes d'utilité publique établies, dans l'intérêt de la conservation des bois et forêts soumis au régime forestier, sur les fonds avoisinants [3].

Sous une troisième catégorie se rangent les servitudes qui sont relatives à la voirie terrestre ou fluviale. Cette troisième catégorie comprend notamment :

La servitude relative aux arbres plantés sur le sol des grandes routes, et aux plantations d'arbres le long des chemins vicinaux [4];

Les servitudes établies pour la conservation et la sûreté des chemins de fer [5];

La servitude de passage, connue sous la dénomination de *marche-pied* ou *chemin de hallage*, dont sont grevés les fonds riverains des fleuves ou rivières navigables ou flottables [6];

Enfin les servitudes imposées, dans l'intérêt du flottage, aux usines établies sur les cours d'eau où il se pratique, et aux fonds riverains de ces cours d'eau [7].

En vertu d'une servitude spéciale à laquelle se trouvent soumises les forêts situées dans un rayon de cinq kilomètres des bords du Rhin, les propriétaires de ces forêts sont tenus de délivrer, moyennant indemnité, les bois et oseraies nécessaires aux travaux d'endiguage et de fascinage à faire sur ce fleuve [8].

L'exposé complet de la matière des servitudes d'utilité publique rentrant plutôt dans le Droit administratif que dans le Droit civil, nous nous bornerons aux indications sommaires qui précèdent.

[2] Loi des 8-10 juillet 1791. Loi du 17 juillet 1819. Ordonnance du 1er août 1821. Loi des 15 mars 1850, 23 juin et 10 juillet 1851. Décrets du 10 août 1853, avec le tableau rectificatif inséré au second semestre de 1853, B. 105, nº 882; Décrets du 30 juin 1855, du 29 avril 1857, et du 8 mars 1862.

[3] Code forestier, art. 151 à 158. Ordonnance réglementaire pour l'exécution de ce Code, art. 177 à 180.

[4] Loi du 9 ventôse an XIII. Loi du 12 mai 1825.

[5] Loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer, art. 3, et 5 à 10.

[6] Ordonnance de 1669 sur les eaux et forêts, tit. XXVIII, art. 7. Édit de décembre 1772, chap. I, art. 3. Arrêt du Conseil du 24 juin 1777. Arrêté du 13 nivôse an V. Avis du Conseil d'État du 3 messidor an XIII. Décret du 22 janvier 1808. Code Nap., art. 650.

[7] Édit de décembre 1672, chap. XVII. Ordonnance du 23 juillet 1783, tit. III, art. 11 et 17. Arrêté du 13 nivôse an V. Loi du 28 juillet 1824.

[8] Code forestier, art. 136 à 143. Ordonnance réglementaire de ce Code, art. 162 à 168.

B. *Des servitudes légales d'utilité privée.*

§ 239 *bis*.

Notions générales.

Les servitudes légales d'utilité privée dérivent de la situation naturelle des lieux, ou sont établies dans l'intérêt de la propriété foncière. Art. 639 et 649.

La seule servitude d'utilité privée qui dérive de la situation des lieux est celle dont, aux termes de l'art. 640, les fonds inférieurs se trouvent grevés, pour l'écoulement naturel des eaux provenant des fonds supérieurs. La loi ne faisant ici que sanctionner un état de choses créé par la nature elle-même, cette servitude est due sans indemnité, et son exercice ne donne lieu à aucun règlement préalable.

Les autres servitudes d'utilité privée rentrent dans la catégorie de celles qui sont établies pour l'intérêt de la propriété foncière. A la différence de la servitude consacrée par l'art. 640, ces dernières servitudes ne peuvent être réclamées que moyennant une juste indemnité.

D'un autre côté, bien qu'établies par la loi, elles supposent en principe, et sauf l'effet de la prescription, un règlement conventionnel ou judiciaire intervenu pour l'évaluation de l'indemnité à laquelle elles peuvent donner lieu, ainsi que pour la fixation de leur assiette et de leur mode d'exercice.

Parmi ces servitudes, il en est même par rapport auxquelles la loi laisse au juge le pouvoir d'apprécier, s'il convient d'en accorder ou d'en refuser l'exercice. Telles sont notamment les servitudes d'aqueduc et d'appui en matière d'irrigation. Mais il faut se garder de conclure de là que les servitudes de cette espèce soient plutôt judiciaires que légales, puisqu'elles n'en sont pas moins établies par la loi, et que la seule mission du juge est d'examiner si les opérations d'irrigation en vue desquelles elles ont été créées, présentent, dans tel ou tel cas donné, un but sérieux d'utilité.

Les différences qui viennent d'être exposées entre les servitudes établies dans l'intérêt de la propriété foncière et la servitude dérivant de la situation naturelle des lieux, en amènent une autre qui est relative à l'application des règles sur la transcription.

La force des choses conduit à reconnaître qu'il ne peut être question de transcription pour la servitude établie par l'art. 640,

dont l'exercice ne donne lieu à aucun règlement préalable [1]. Mais il en est autrement quant aux servitudes créées dans l'intérêt de la propriété foncière, en ce que le règlement conventionnel ou judiciaire, intervenu tant pour l'évaluation de l'indemnité que pour la fixation de l'assiette et du mode d'exercice de la servitude, ne peut être opposé aux tiers qui se trouvent dans les conditions requises par la loi du 23 mars 1855, qu'autant que l'acte ou le jugement renfermant ce règlement a été soumis à la transcription, et à partir seulement de l'accomplissement de cette formalité [2].

Enfin, une dernière différence sépare la servitude dont s'occupe l'art. 640 et les autres servitudes légales. Les fonds compris dans le domaine public sont, en effet, soumis à la première, tandis qu'ils ne sont pas grevés des secondes [3].

L'exception admise sous ce rapport en faveur de ces fonds ne doit pas être étendue à ceux qui, formant l'objet d'un droit de propriété proprement dit, se trouveraient frappés d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, par exemple aux immeubles compris dans la dotation de la couronne [4].

§ 240.

De la servitude relative à l'écoulement naturel des eaux, établie par l'art. 640 [1].

Les fonds inférieurs sont assujettis, envers les fonds plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué. Art. 640.

[1] Flandin, *De la transcription*, I, 411 et 415.

[2] Flandin, *op. cit.*, I, 418 à 423. Voy. cep. : Mourlon, *De la transcription*, I, 117 et 118. Suivant cet auteur, la proposition énoncée au texte devrait être restreinte aux servitudes dont l'établissement reste soumis au pouvoir d'appréciation du juge, et ne s'appliquerait par conséquent, ni à la servitude pour l'écoulement des eaux provenant du drainage, ni à celle de passage pour cause d'enclave. Cette distinction doit être rejetée : elle n'a aucune portée au point de vue de l'application des règles relatives à la transcription ; et ce, par le double motif que le pouvoir d'appréciation donné au juge en ce qui concerne certaines servitudes légales, ne leur enlève pas le caractère de servitudes établies par la loi, et que, d'un autre côté, celles à l'égard desquelles ce pouvoir cesse n'en demeurent pas moins soumises, pour leur exercice, à un règlement conventionnel ou judiciaire.

[3] Cpr. § 240, texte, notes 2 et 3. Déc. en Cons. d'État, 8 mars 1860, Sir., 61, 2, 43. Garnier, *Commentaire de la loi du 10 juin 1854*, p. 19. Devilleneuve, *Lois annotées*, 1854, p. 112, col. 3, nº 5.

[4] Cpr. § 243, texte, notes 16 et 17.

[1] Cpr. sur cette matière : D. *de aqua et aqu. pluv. arc.* (39, 3).

1° Cette servitude, qui pèse, sauf l'application des règlements de voirie [2], sur les fonds dépendant du domaine public aussi bien que sur ceux qui forment l'objet d'un droit de propriété proprement dit [3], a lieu dans le cas même où l'héritage le plus élevé est séparé de l'héritage inférieur par une voie publique [4].

Elle s'applique aux eaux d'infiltration et de source [5] aussi bien qu'aux eaux pluviales et à celles qui proviennent de la fonte des neiges.

Mais elle ne peut être invoquée, même pour les eaux dont il vient d'être parlé, qu'autant que leur écoulement est le résultat naturel de la situation des lieux, et non celui du fait de l'homme [6]. Ainsi, le propriétaire du fonds inférieur n'est pas obligé de recevoir les eaux provenant des toits des bâtiments établis sur le fonds supérieur, en tant du moins que, par suite de la réunion de ces eaux en un seul volume, ou par l'effet d'autres circonstances, leur écoulement sur le fonds inférieur constituerait une aggravation sensible de la charge établie par l'art. 640 [7]. Ainsi encore, le propriétaire du fonds inférieur n'est pas tenu de recevoir, en vertu de l'article précité, les eaux d'une source que le propriétaire du fonds supérieur y a fait jaillir par des fouilles ou par des sondages [8].

[2] Cpr. crim. cass., 2 mars 1855, Sir., 55, 1, 550.

[3] Daviel, *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau*, III, 763. Demolombe, XI, 21. Voy. cep.: Pardessus, I, 42.

[4] Daviel, *op. et loc. citt.* Duranton, V, 159. Demolombe, XI, 20. Req. rej., 3 août 1852, Sir., 52, 1, 654. Cpr. texte et note 20 *infra*.

[5] Pardessus, I, 82. Duranton, V, 153. Demolombe, XI, 59. Civ. cass., 13 juin 1814, Sir., 15, 1, 239.

[6] Cpr. § 195, texte et note 3.

[7] Cpr. § 195, texte et notes 4 et 5.

[8] Cette proposition n'a jamais été contestée en principe. Voy. Pardessus, I, 83; Duranton, V, 166; Duvergier, sur Toullier, II, 509, note 1; Marcadé, sur l'art. 640, n° 2; Daviel, *op. cit.*, III, 901; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 364; Demolombe, XI, 26. Mais on a soumis à certains tempéraments l'application de la règle qu'elle renferme. C'est ainsi qu'il a été généralement admis que le propriétaire du fonds inférieur est obligé de recevoir, moyennant une juste indemnité, les eaux provenant du percement d'un puits, lorsqu'il n'est pas possible de les refouler dans le sol ou de leur donner une autre issue. Quelques auteurs ont même été plus loin, en imposant, d'une manière absolue, au propriétaire du fonds inférieur l'obligation de recevoir, moyennant indemnité, les eaux qu'ont fait surgir dans le fonds supérieur, *non data ad hoc opera*, des travaux de nivellement ou le creusement des fondations d'un édifice. Voy. Delvincourt, I, p. 377; Pardessus, *loc. cit.*; Daviel, *op. cit.*, III, 903. Ce tempérament se justifie par la considération qu'on doit voir une sorte de cas fortuit dans

A plus forte raison, la servitude établie par l'art. 640 est-elle étrangère aux eaux qui ont été amenées dans le fonds supérieur par le travail de l'homme, notamment aux eaux de fontaine, et aux eaux ménagères ou industrielles [9].

Du reste, la règle d'après laquelle le propriétaire du fonds inférieur n'est pas tenu de recevoir les eaux recueillies ou amenées dans le fonds supérieur par le fait de l'homme, ne doit plus être appliquée aujourd'hui que sous les modifications résultant des lois relatives à l'irrigation et au drainage [10].

2° Le propriétaire du fonds inférieur est tenu de recevoir, avec les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur, les terres, sables ou pierres qu'elles charrient ou qu'elles entraînent, sans pouvoir réclamer aucune indemnité à raison du dommage qui en résulte pour son fonds [11].

Il lui est interdit d'élever des digues ou de faire tout autre travail qui, en empêchant l'écoulement naturel des eaux, les ferait refluer sur le fonds supérieur ou sur les héritages voisins [12]. Mais rien ne s'oppose à ce qu'il fasse ce qu'il croit utile pour rendre l'écoulement des eaux moins dommageable à son fonds, pourvu que les travaux entrepris dans ce but ne causent aucun préjudice, soit au fonds supérieur, soit aux héritages voisins [13].

Le propriétaire inférieur n'est pas tenu, en vertu de la servitude

le jaillissement accidentel et imprévu d'eaux amenées à la surface du sol par des travaux en eux-mêmes inoffensifs, sauf, toutefois, à l'auteur de ces travaux à réparer le dommage qui en a été la suite, conformément à la maxime *Qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur*. Aussi aurions-nous été disposés à l'adopter, malgré le dissentiment de M. Demolombe, si la législation n'avait depuis porté remède à la situation dont il est ici question, en autorisant tout propriétaire à se procurer, à charge d'indemnité, un passage artificiel pour se débarrasser des eaux qui nuisent à son fonds. Il suit de là que tous les tempéraments apportés à la règle posée au texte n'ont plus aujourd'hui aucune raison d'être; et si le propriétaire inférieur peut être tenu de fournir un passage pour l'écoulement des eaux que la main de l'homme a fait surgir dans le fonds supérieur, il n'y est soumis, comme tout autre voisin, que sous les conditions indiquées par les lois qui se trouvent citées à la note 10 *infra*.

[9] Cpr. § 195, texte et note 2. Voy. aussi sur les eaux auxquelles donne issue l'ouverture de galeries de mines: Req. rej., 3 août 1843, Sir., 44, 1, 137.

[10] Cpr. Loi du 29 avril 1845, et § 241, texte, notes 2 et 4; Loi du 10 juin 1854, et § 242.

[11] Marcadé, sur l'art. 640, n° 1. Demolombe, XI, 32.

[12] Req. rej., 4 juillet 1860, Sir., 61, 1, 177.

[13] Cpr. art. 701. Daviel, *op. cit.*, III, 761. Demolombe, *loc. cit.*

établie par l'art. 640 [14], de curer les fossés destinés à l'écoulement des eaux du fonds supérieur [15], lorsque d'ailleurs ce n'est pas par son fait que ce curage est devenu nécessaire [16]. Mais il ne peut s'opposer à l'exécution sur son fonds des ouvrages que le propriétaire supérieur voudrait y entreprendre pour entretenir ou rétablir l'écoulement des eaux [17].

3° Le propriétaire supérieur ne peut, de son côté, rien faire qui aggrave l'assujettissement du fonds inférieur, soit en imprimant aux eaux un courant plus rapide, soit en les réunissant en un seul volume, ou en les accumulant artificiellement par des travaux de desséchement [18], soit enfin en les employant à des usages dont le résultat serait de les corrompre ou de les imprégner d'éléments nuisibles [19]. Cette défense reçoit son application dans le cas même où les eaux proviennent d'un établissement autorisé par l'administration, et dans celui où les deux fonds sont séparés par une voie publique [20].

Il est toutefois permis au propriétaire supérieur de faire les travaux nécessaires pour la culture de son fonds, par exemple d'établir des rigoles d'assainissement ou d'irrigation, bien que ces travaux doivent avoir pour résultat de modifier l'écoulement naturel des eaux [21]; seulement doit-il les exécuter de manière à ne

[14] Mais il pourrait être tenu de contribuer, en vertu de la loi du 14 floréal an XI, aux frais du curage des fossés dont il se trouve être riverain. Cpr. Req. rej., 8 mai 1832, Sir., 32, 1, 398.

[15] Art. 698. Merlin, *Rép.*, v° Eaux pluviales, n° 3. Toullier, XI, 327. Solon, n° 31. Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1327. Daviel, *op. cit.*, III, 728 *bis*. Demolombe, XI, 33. Voy. en sens contraire : Pardessus, I, 92. Cpr. aussi Bordeaux, 8 mars 1844, Sir., 44, 2, 334.

[16] Demolombe, *loc. cit.*, Req. rej., 8 mai 1832, Sir., 32, 1, 398.

[17] Arg. art. 697. Cpr. L. 2, § 1, D. *de aqua et aqu. pluv. arc.* (39, 3). Merlin, *op. v° et loc. citt.* Toullier, *loc. cit.* Duranton, V, 161. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1328. Demolombe, *loc. cit.*

[18] L. 1, § 1, *de aqua et aqu. pluv. arc.* (39, 3). Duranton, V, 164. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 265. Demolombe, XI, 36. Civ. rej., 11 décembre 1860, Sir., 61, 1, 633. Cpr. texte et note 7 *supra*.

[19] Pardessus, I, 91. Daviel, *op. cit.*, III, 707 et 708. Demolombe, *loc. cit.*, Req. rej., 3 août 1843, Sir., 44, 1, 137. Cpr. Rouen, 18 mars 1839 et 8 juin 1841, Sir., 45, 2, 338 à 340.

[20] Demolombe, XI, 38. Civ. cass., 8 janvier 1834, Sir., 34, 1, 169.

[21] L. 1, §§ 4 et 15, D. *de aqua et aqu. pluv. arc.* (39, 3). Pardessus, I, 83 et 85. Duranton, V, 165. Daviel, *op. cit.*, III, 758. Req. rej., 31 mai 1848, Sir., 48, 1, 716. Voy. aussi Demolombe, XI, 59. Cet auteur enseigne que le tempérament indiqué au texte doit être admis, même dans le cas où il ne s'agirait plus

causer au fonds inférieur que le moindre dommage possible, et à ne pas faire dévier les eaux sur des héritages qui jusqu'alors ne les recevaient pas, ou n'en recevaient qu'une plus faible partie [22]. S'il s'élevait des contestations à ce sujet, il appartiendrait aux tribunaux de prescrire les mesures propres à concilier les intérêts de l'agriculture avec le respect dû à la propriété [23]. Art. 645.

4° La servitude établie par l'art. 640 peut être aggravée, restreinte, ou complétement écartée par l'effet d'une convention ou de la prescription de trente ans. Elle peut également être modifiée par la destination du père de famille.

La circonstance que l'un des propriétaires intéressés aurait, sans opposition, laissé faire par l'autre des travaux de nature à aggraver, à restreindre, ou à empêcher entièrement l'exercice de la servitude, n'équivaudrait pas à un consentement de sa part, et ne le priverait pas du droit de demander le rétablissement des choses dans leur ancien état, si d'ailleurs ces travaux n'avaient pas trente années d'existence [24].

La prescription suppose toujours des travaux qui ont eu pour résultat de modifier, quant à l'écoulement des eaux, la situation respective des fonds supérieur et inférieur. Elle s'accomplit par trente ans, à partir de l'achèvement de ces travaux.

Le propriétaire inférieur qui se prétend entièrement affranchi ou partiellement libéré de la servitude, est admis à se prévaloir à cet effet de la prescription de trente ans, non-seulement dans le cas où les travaux qui ont modifié à son profit l'écoulement des

de travaux nécessaires à la culture, mais de constructions ou autres ouvrages que le propriétaire supérieur voudrait faire exécuter dans son fonds. Cette opinion nous paraît fort contestable. Elle ne se justifie pas par la raison d'utilité générale, tirée de l'intérêt de l'agriculture, sur laquelle est fondée la proposition énoncée au texte. Nous pensons donc que le propriétaire supérieur qui voudrait assainir son fonds pour y élever des constructions, ne serait plus autorisé à invoquer la disposition de l'art. 640, et ne pourrait que réclamer le passage des eaux nuisibles, conformément aux dispositions de la loi du 10 juin 1854.

[22] Delvincourt, I, p. 381. Duranton, V, 166. Demolombe, *loc. cit.* Bordeaux, 26 avril 1839, Dalloz, 1839, 2, 177. Req. rej., 27 février 1855, Sir., 56, 1, 397. Voy. cep. : Pardessus, I, 86.

[23] Demolombe, XI, 42. Req. rej., 16 février 1832, Sir., 33, 1, 54.

[24] *Silentium non est consensus, nisi lex loqui jubeat.* Duranton, V, 173 et 174. Duvergier, sur Toullier, II, 510, note *a.*, et 514, note *a.* Demolombe, XI, 48. Cpr. en sens contraire, avec certaines distinctions : Daviel, *op. cit.*, I, 369, et II, 694 *bis*; Favard, *Rép.*, v° Servitude, sect. I, § 1, et sect. V; Toullier, III, 500.

eaux, ont été faits par lui-même [25], mais encore dans celui où ils se trouvent être l'œuvre du propriétaire supérieur [26].

§ 241.

Des servitudes relatives à l'irrigation [1].

Trois espèces de servitudes destinées à faciliter l'irrigation ont été établies par les lois du 29 avril 1845 et du 11 juillet 1847. Après avoir développé, dans les trois premiers numéros de ce paragraphe, les règles spéciales à chacune de ces servitùdes, nous exposerons, sous un quatrième numéro, les dispositions qui leur sont communes.

1° *De la servitude d'aqueduc.*

Aux termes de l'art. 1er de la loi du 29 avril 1845, tout propriétaire qui veut se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des

[25] Le premier point est admis, même par les auteurs qui voient dans cette hypothèse une acquisition de servitude sur le fonds supérieur, plutôt qu'une simple extinction de la servitude établie au profit de ce fonds par l'art. 640. Cpr. Duranton, V, 173; Demolombe, XI, 49.

[26] Arg. art. 703, 704 et 707. La citation de ces articles indique qu'à notre avis il s'agit ici d'une véritable prescription extinctive; et à ce point de vue la solution donnée au texte est incontestable, puisque cette prescription n'exige en général aucune possession de la part de celui qui l'invoque. La solution que nous avons adoptée ne pourrait faire difficulté qu'autant qu'on admettrait, avec MM. Duranton et Demolombe (*locc. citt.*), que le propriétaire du fonds inférieur ne peut se libérer de l'obligation de recevoir les eaux découlant du fonds supérieur, qu'en acquérant sur ce fonds une servitude contraire. Mais cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. Elle est aussi contraire à la disposition spéciale de l'art. 640, qu'au principe général d'après lequel tout propriétaire est libre de faire sur son fonds les ouvrages destinés à le garantir. Si, contrairement à ce principe, les propriétaires inférieurs sont tenus de recevoir les eaux découlant des fonds supérieurs, sans qu'il leur soit permis de mettre obstacle à leur écoulement, ce ne peut être que par l'effet d'une servitude établie à leur détriment, servitude dont ils doivent pouvoir s'affranchir par la prescription, conformément au Droit commun.

[1] Voy. sur cette matière: *Commentaire de la loi du 29 avril 1845*, par Devilleneuve, *Lois annotées*, 1845, p. 31. *Commentaire de la loi du 29 avril 1845 sur les irrigations*, par Garnier, Paris 1845, broch. in-8°. *Commentaire de la loi du 29 avril 1845*, par Daviel, Paris, 1845, broch. in-8°. *Dissertation sur la loi du 29 avril 1845*, par Esquirou de Parieu, *Revue de législation*, 1845, III, p. 5. *Commentaire de la loi du 11 juillet 1847 sur les irrigations*, par Devilleneuve, *Lois annotées*, 1847, p. 82. *Code des irrigations*, par Bertin, Paris 1852, 1 vol. in-8°. *Dissertation sur l'irrigation*, par Ballot, *Revue pratique*, 1858, V, p. 49 et suiv.

eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, peut obtenir le passage de ces eaux sur les fonds intermédiaires [2], à la charge d'une juste et préalable indemnité.

Cette disposition comprend par sa généralité les eaux de toute espèce. Elle s'applique donc: aux eaux amenées à la surface du sol par des moyens artificiels, tels qu'un puits artésien, comme à celles qui jaillissent naturellement; aux eaux dérivées d'un cours d'eau naturel formant ou non dépendance du domaine public, tout aussi bien qu'à celles qui proviennent de réservoirs, d'étangs, ou de canaux appartenant à des particuliers; enfin, aux eaux de pluie ou de neige [3].

La servitude d'aqueduc, qui ne peut être réclamée que par le propriétaire des fonds à irriguer [4], est subordonnée au concours de deux conditions.

Il faut, en premier lieu, que celui qui veut l'exercer ait le droit de disposer des eaux pour lesquelles le passage est demandé.

Mais il importe peu à quel titre ce droit lui appartient : que ce soit comme propriétaire d'une source, d'un réservoir, ou d'un étang; ou bien comme usager, en vertu de l'art. 644, des eaux d'un ruisseau ou d'une petite rivière qui borde ou qui traverse sa propriété; ou enfin en qualité de concessionnaire de l'administration ou d'un particulier ayant lui-même le droit de disposer des eaux. Cette dernière proposition, dont l'application ne présente aucune difficulté quand le passage est demandé par le propriétaire même des eaux, nécessite quelques développements pour les autres hypothèses qui s'y trouvent comprises.

Celui dont la propriété est bordée ou traversée par un cours d'eau naturel qui ne forme point une dépendance du domaine public, est incontestablement autorisé à demander, pour l'irrigation de ses propriétés non riveraines, le passage des eaux dont il a l'usage, lorsqu'il peut les dériver au moyen d'ouvrages établis sur un fonds riverain qui lui appartient [5]. Mais si, à raison de l'éléva-

[2] Cette faculté n'emporte pas celle de se rendre copropriétaire ou communiste d'un canal déjà existant sur les fonds intermédiaires. Nîmes, 15 février 1855, Sir., 55, 2, 379. Cpr. Belfort, 15 janvier 1861, Sir., 61, 2, 457.

[3] Garnier, p. 4. Demante, *Cours*, II, 495 *bis* II. Demolombe, XI, 206. Agen, 7 février 1856, Sir., 56, 2, 118. Req. rej., 9 février 1857, Sir., 59, 1, 500.

[4] Et non par le fermier de ces fonds, ni même par l'usufruitier, dont la jouissance, comme celle du fermier, n'est que temporaire. De Parieu, p. 17. Bertin, p. 64. Voy. cep. Demolombe, XI, 205.

[5] C'était autrefois un point controversé que celui de savoir si le riverain d'un

tion des berges ou de toute autre circonstance, il se trouvait dans l'impossibilité d'établir sa prise d'eau sur son fonds, il ne pourrait pas, en l'établissant sur un terrain situé en amont qui ne lui appartient pas, demander le passage des eaux pour irriguer un fonds inférieur, même riverain, à moins qu'il n'eût obtenu du propriétaire de ce terrain la cession de son droit à l'usage des eaux [6].

Celui qui a valablement acquis d'un particulier le droit de disposer de certaines eaux, peut également demander le passage de ces eaux pour les amener sur ses propriétés. Le droit de faire de pareilles concessions appartient non-seulement au propriétaire des eaux, mais encore à celui qui n'en a que l'usage en vertu de l'art. 644; et la concession émanée de ce dernier peut avoir lieu même au profit de propriétaires non riverains du cours d'eau [7].

cours d'eau naturel, non compris dans le domaine public, pouvait, pour l'irrigation de ses propriétés non riveraines, disposer des eaux dont il avait l'usage comme riverain; et la négative était assez généralement admise. Voy. Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1426; Duranton, V, 235; Daviel, *Des cours d'eau*, II, 587. Mais les travaux préparatoires de la loi du 29 avril 1845 établissent nettement que c'est dans le sens de la solution affirmative que l'art. 1er de cette loi a été rédigé. Aussi ce point ne fait-il plus aujourd'hui difficulté. Voy. *Rapport* de M. Dalloz à la Chambre des députés, *Lois annotées*, 1845, p. 32, col. 1; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 273; Garnier, p. 12; Demante, *Cours*, II, 498 *bis* III; Bertin, nos 29 et suiv.; Demolombe, XI, 150 et suiv., et 210; Civ. rej., 8 novembre 1854, Sir., 55, 1, 49; Lyon, 15 novembre 1854, Sir., 55, 2, 78; Colmar, 9 avril 1861, Sir., 61, 2, 457. Cpr. aussi Civ. cass., 14 mars 1849, Sir., 49, 1, 323. La seule question qui ait été soulevée dans ces derniers temps est celle de savoir pour quel volume d'eau le passage peut en pareil cas être demandé. Cpr. à cet égard texte et note 12 *infra*.

[6] L'art. 644 accorde bien à tout riverain le droit de se servir des eaux à leur passage devant sa propriété, mais nullement celui de s'en emparer au moyen d'une prise d'eau établie sur un fonds supérieur dont il n'est pas propriétaire; et un pareil droit ne saurait s'induire de la loi du 29 avril 1845, qui se borne à concéder une servitude d'aqueduc, sans modifier, quant à l'usage des eaux, les règles posées par le Code Napoléon. L'opinion contraire aurait d'ailleurs pour résultat de gêner le propriétaire supérieur dans l'exercice de la faculté qui lui appartient de se servir lui-même des eaux à leur passage devant son fonds. Demolombe, XI, 213. Montpellier, 17 février 1852, Sir., 53, 2, 17 et 21. Angers, 7 décembre 1853, Sir., 54, 2, 337. Req. rej., 15 novembre 1854, Sir., 55, 1, 446. Voy. en sens contraire : Daviel, *Commentaire*, p. 24 et 25, nº 13; De Parieu, *Revue de législation*, 1845, III, p. 27 à 32.

[7] En vain a-t-on voulu soutenir que l'usage des eaux dont on jouit en vertu de l'art. 644, n'est pas susceptible d'être cédé, parce qu'il constitue un avantage inhérent aux fonds riverains, et ne peut en être séparé pour être appliqué à d'autres fonds. Cette objection, qui, sous l'empire même du Code Napoléon, n'avait qu'une valeur très-contestable, puisque le droit d'usage dont il s'agit ne constitue pas

Enfin, la faculté de demander le passage des eaux appartient à celui qui a obtenu de l'administration la concession d'une prise d'eau sur une rivière navigable ou flottable, peu importe qu'il soit ou non propriétaire du fonds sur lequel la prise d'eau devra être établie[8].

La seconde condition à laquelle se trouve subordonnée la servitude d'aqueduc, est que les eaux pour lesquelles le passage est demandé soient destinées à l'irrigation.

une véritable servitude dans le sens de l'art. 637, s'est trouvée complétement écartée par la loi du 29 avril 1845, qui, en accordant à tout propriétaire riverain la faculté de demander, pour l'irrigation de ses fonds plus ou moins éloignés, le passage des eaux dont il a le droit de disposer, a par cela même reconnu que l'usage de ces eaux n'était pas exclusivement et limitativement attaché aux fonds bordant le cours d'eau. Cela posé, il n'y a plus aucune raison pour refuser au propriétaire riverain le droit de céder à un tiers non riverain, l'usage des eaux dont il pourrait lui-même se servir pour l'irrigation de fonds plus éloignés; et l'on doit d'autant moins hésiter à admettre la légalité d'une pareille cession que le système contraire restreindrait singulièrement l'application de la loi du 20 avril 1845. Voy en ce sens : Les explications données par M. Dalloz, lors de la discussion de la loi du 11 juillet 1847 (*Lois annotées*, 1847, p. 84); Garnier, p. 11; Demante, *Cours*, II, 498 *bis* II; Demolombe, XI, 151 et 211. Cpr. Nîmes, 6 décembre 1852, Sir., 53, 2, 17; Civ. rej., 28 novembre 1854, Sir., 55, 1, 744; Agen, 7 février 1856, Sir., 56, 2, 18. Voy. en sens contraire : De Parieu, p. 46; Ballot, p. 60 à 62, nº 20; Montpellier, 17 février 1852, Sir., 53, 2, 17 et 21.

[8] Voy. arrêté du 19 ventôse an VI. Les art. 9 et 10 de cet arrêté reconnaissent formellement à l'administration le droit d'accorder des prises d'eau sur les rivières navigables ou flottables. Il en résulte que le concessionnaire d'une pareille prise d'eau remplit la condition exigée par l'art. 1er de la loi du 29 avril 1845, puisqu'il a valablement obtenu le droit de disposer des eaux qu'on lui a permis de dériver. En vain objecte-t-on que, n'étant pas riverain, il devra établir, sur un terrain dont il n'est pas propriétaire, une prise d'eau qui nécessitera presque toujours certains travaux, et qu'en lui permettant de les exécuter, on créerait une seconde servitude à côté de celle d'aqueduc, qui seule a été admise par la loi précitée. Cette objection est à notre avis sans portée. Il est en effet certain que les termes *sur les propriétés intermédiaires*, comprennent tous les fonds qui séparent les eaux dont on a le droit de disposer, des héritages vers lesquels on veut les conduire, et qu'ainsi le concessionnaire des eaux à dériver d'une rivière navigable ou flottable, est autorisé à les faire passer sur le fonds riverain où la prise d'eau doit avoir lieu comme sur tous les autres. Que si, pour l'usage de son droit, ce concessionnaire se trouve dans la nécessité d'établir certains ouvrages permanents, tels qu'une écluse, ces ouvrages, loin de constituer une servitude nouvelle et distincte de celle d'aqueduc, ne seront que des moyens de faciliter et de régler l'exercice de cette dernière, et rentreront comme tels sous l'application de l'art. 697. Voy. aussi texte nº 3, et note 20 *infra*. De Parieu, p. 21. Voy. en sens contraire : Demolombe, XI, 212; Ballot, *loc. cit.*

Cette servitude ne s'applique donc pas au passage des eaux qui seraient affectées à des usages domestiques ou industriels [9]. Mais, quand il s'agit d'eaux devant servir à l'irrigation, la servitude a lieu, quelle que soit la nature physique des fonds dans l'intérêt desquels elle est réclamée, et quel que soit le mode d'arrosage [10].

Le concours des deux conditions qui viennent d'être indiquées ne suffit pas pour emporter *ipso facto* l'établissement de la servitude d'aqueduc. Il appartient aux tribunaux saisis de la demande tendant à obtenir le passage des eaux, d'examiner si l'opération d'irrigation projetée présente un caractère sérieux d'utilité; ils pourraient et devraient même rejeter une pareille demande, si les avantages à retirer de cette opération n'étaient point en proportion avec les inconvénients qui résulteraient de la servitude [11].

Il appartient également aux tribunaux de déterminer, eu égard aux besoins de l'irrigation, le volume d'eau pour lequel le passage peut être demandé. Ils sont autorisés à l'accorder, dans l'hypothèse d'une prise d'eau établie en vertu de l'art. 644, pour un volume d'eau supérieur à celui qui serait nécessaire à l'irrigation du fonds où elle est pratiquée, sauf, bien entendu, les droits des autres riverains [12].

Les propriétaires des fonds sur lesquels l'aqueduc est établi, n'ont pas le droit de se servir des eaux à leur passage pour l'irrigation de leurs propres héritages [13].

[9] Garnier, p. 9. Bertin, p. 264 et suiv. Demolombe, XI, 205. Toutefois le passage pourrait être accordé pour des eaux qui ne seraient pas exclusivement affectées à l'irrigation, et qui serviraient en même temps au roulement d'une usine. Req. rej., 29 juin 1859, Sir., 59, 1, 766.

[10] Garnier et Demolombe, *locc. citt.* Cpr. Civ. rej., 20 décembre 1853, Sir., 54, 1, 250.

[11] C'est pour consacrer le pouvoir discrétionnaire des tribunaux quant à l'établissement même de la servitude, que, sur la demande de M. Pascalis, on a, dans la rédaction définitive de l'art. 1er de la loi du 29 avril 1845, substitué les mots *pourra obtenir* aux termes *pourra réclamer*, qui figuraient dans la proposition de M. d'Angeville. Voy. *Lois annotées*, 1845, p. 32, col. 2. Demolombe, XI, 204.

[12] En d'autres termes, les propriétaires des fonds intermédiaires ne peuvent pas, afin de faire réduire le volume d'eau pour lequel le passage est demandé, se prévaloir des droits des autres riverains, qui ne s'opposeraient pas à la prise d'eau telle qu'elle a été pratiquée. Cpr. Civ. rej., 8 novembre 1854, Sir., 55, 1, 49; Lyon, 15 novembre 1854, Sir., 55, 2, 78; Colmar, 9 avril 1861, Sir., 61, 2, 457.

[13] L'amendement que M. Joly avait proposé en sens contraire n'a pas été adopté

2° *De la servitude d'écoulement des eaux d'irrigation.*

Suivant l'art. 2 de la loi du 29 avril 1845 ; les propriétaires des fonds inférieurs sont assujettis [14] à recevoir les eaux naturelles ou artificielles qui s'écoulent des terrains supérieurs, dans lesquels elles ont été amenées pour les besoins de l'irrigation [15].

Cette servitude n'est pas une simple extension de celle qui se trouve établie par l'art. 640, mais constitue une servitude nouvelle et spéciale [16].

Elle n'est accordée, comme la servitude d'aqueduc, que moyennant une juste et préalable indemnité, pour la fixation de laquelle on doit prendre en considération les avantages que les propriétaires inférieurs pourront retirer des eaux qu'ils sont tenus de recevoir [17].

D'un autre côté, la servitude dont il est ici question frappe non-seulement, comme au cas de l'art. 640, les fonds sur lesquels les eaux s'écouleraient par la pente naturelle du terrain, mais tous les fonds inférieurs, en ce sens que, suivant les circonstances dont l'appréciation est laissée aux tribunaux, elles peuvent être dirigées sur des fonds qui ne les recevraient pas naturellement [18].

Enfin ; à la différence de ce qui a lieu dans l'hypothèse prévue par l'art. 640, le propriétaire des terrains irrigués peut être astreint à faire, à ses frais, sur les fonds inférieurs, les travaux né-

par la Chambre des députés. Devilleneuve, *Lois annotées*, 1845, p. 32, col. 3. De Parieu, p. 48 et suiv. Garnier, p. 26. Bertin, n° 328. Demolombe, XI, 214. Ballot, p. 63, n° 23. Cpr. L. 33, § 1, D. *de serv. præd. rust.* (8, 3).

[14] A la différence de la servitude d'aqueduc, dont l'établissement même est subordonné à l'appréciation du juge (Cpr. texte n° 1, et note 11 *supra*), la servitude d'écoulement des eaux d'irrigation existe de plein droit, et le réglement seul en appartient aux tribunaux.

[15] Telle est l'idée que le législateur paraît avoir voulu exprimer par les termes *qui s'écouleront des terrains ainsi arrosés*. S'il s'agissait d'eaux arrivées naturellement et sans le fait de l'homme sur les fonds irrigués, on ne se trouverait plus dans l'hypothèse que prévoit l'art. 2 de la loi du 29 avril 1845 ; et l'on retomberait sous l'application de l'art. 640 du Code Nap. Cpr. § 240, texte et notes 21 à 23.

[16] Devilleneuve, *Lois annotées*, 1845, p. 33, col. 3.

[17] C'est pour faire ressortir cette idée, qu'au lieu de dire, comme l'art. 1er, *à la charge d'une juste et préable indemnité*, l'art. 2 porte : *sauf l'indemnité qui pourra leur être due*. Demolombe, XI, 216. Ballot, p. 63, n° 24.

[18] Il résulte, en effet, de l'art 4 de la loi du 29 avril 1845, que c'est aux tribunaux qu'il appartient, en cas de contestation, de régler le parcours des eaux. Garnier, p. 26. Bertin, n° 353. Demolombe, XI, 219. Ballot, p. 63, n° 22.

cessaires pour diminuer autant que possible le dommage résultant de l'écoulement des eaux [19].

3° *De la servitude d'appui.*

Aux termes de l'art. 1er de la loi du 11 juillet 1847, tout propriétaire qui veut se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, peut obtenir la faculté d'appuyer sur la propriété du riverain opposé les ouvrages d'art nécessaires à sa prise d'eau.

Cette disposition, dont l'objet a été de compléter la loi du 29 avril 1845, en donnant à celui qui a le droit de faire une prise d'eau, le moyen de l'exercer d'une manière efficace par la construction d'un barrage destiné à élever le niveau des eaux, paraît cependant n'avoir eu en vue que les cours d'eau naturels qui ne forment pas des dépendances du domaine public. Elle n'accorde le droit d'appui que sur la rive opposée à celle où se fait la prise d'eau, et non sur les deux rives, parce qu'elle suppose la dérivation pratiquée par un riverain ou par son concessionnaire, qui, comme tels, et sauf les droits des autres riverains, sont autorisés à faire de leur côté toute espèce de travaux [20].

[19] Daviel, p. 28. Demolombe XI, 218. Ballot, p. 63, n° 22.

[20] M. Pascalis avait demandé que le droit d'appui fût accordé sur les deux rives, en alléguant que l'on pouvait, par une concession de l'administration, obtenir le droit de disposer des eaux des rivières, formant ou non des dépendances du domaine public, sans être riverain ni d'un côté ni de l'autre. Cette allégation se justifiait sans doute, en ce qui concerne les rivières navigables ou flottables, par les art. 9 et 10 de l'arrêté du 19 ventôse an VI. Mais elle était, à coup sûr, très-contestable quant aux cours d'eau qui ne forment pas des dépendances du domaine public, puisque l'usage en est réservé aux riverains, et que l'administration n'a sur ces cours d'eau qu'un droit de police et de direction. Aussi la proposition de M. Pascalis fut-elle vivement combattue; et le ministre des travaux publics, sans abandonner formellement le droit pour l'administration de concéder des prises d'eaux sur des rivières non navigables ni flottables, déclara cependant qu'il n'avait jamais fait des concessions de ce genre. En présence de cette déclaration, la Commission, par l'organe de M. Dalloz, proposa à une grande majorité le rejet de l'amendement de M. Pascalis, comme n'offrant qu'un très-minime intérêt pratique, et ses conclusions furent adoptées par la Chambre des députés. *Lois annotées*, 1847, p. 82 à 84. De l'ensemble de cette discussion il ressort évidemment, qu'on n'a eu en vue que les concessions de prises d'eau dans des rivières qui ne font pas partie du domaine public, et qu'on ne s'est point occupé de celles qui seraient consenties sur des rivières navigables ou flottables. Si de pareilles concessions avaient eu lieu, avec autorisation de construire un barrage pour faciliter la prise d'eau, le concessionnaire, ne fut-il riverain d'aucun côté,

La servitude d'appui, de même que la servitude d'aqueduc, ne peut être réclamée que pour l'irrigation [21], et moyennant une juste et préalable indemnité. D'un autre côté, elle peut l'être, à l'instar de cette dernière, quelle que soit la nature des fonds à irriguer, et quel que soit le mode d'irrigation ou d'arrosage [22]. Enfin, comme en matière de servitude d'aqueduc, les tribunaux jouissent, quant à l'établissement de la servitude d'appui, d'un pouvoir discrétionnaire, en vertu duquel ils sont autorisés à rejeter la demande tendant à l'exercice d'une pareille servitude, lorsque cette demande n'est pas justifiée par un intérêt sérieux d'irrigation, ou qu'elle ne pourrait être accueillie qu'au grand détriment des propriétés du voisinage [23].

La servitude d'appui diffère de la servitude d'aqueduc en ce que les propriétaires des fonds sur lesquels s'exerce le passage des eaux, ne sont pas admis à en user pour l'irrigation des propriétés qu'elles traversent, tandis que le riverain sur le fonds duquel l'appui est réclamé ou a été pratiqué, peut toujours demander l'usage commun du barrage, à charge de contribuer pour moitié aux frais d'établissement et d'entretien. Lorsqu'il exerce cette faculté, aucune indemnité n'est respectivement due, et il est tenu de restituer celle qu'il a reçue. Il devrait de plus, si l'usage commun n'était réclamé que depuis le commencement ou l'achèvement des travaux, supporter seul l'excédant de dépense qu'entraîneraient les changements à faire au barrage, pour le rendre propre à l'irrigation des deux rives. Loi du 11 juillet 1847, art. 2.

Les riverains qui profitent de la surélévation des eaux produite par le barrage, n'ont, à raison de cette seule circonstance, aucune indemnité ni contribution à payer à celui qui l'a fait cons-

serait, à notre avis, en droit d'appuyer son barrage sur les deux rives qui, tout au moins dans leurs talus, sont à considérer comme formant, aussi bien que la rivière elle-même, des dépendances du domaine public. Voy. en sens contraire : Ballot, p. 64 et 65, nº 29.

[21] Demolombe XI, 228. Ballot, p. 64, nº 28.

[22] Demolombe, XI, 288 *bis*. Civ. rej., 20 décembre 1853, Sir., 54, 1, 250.

[23] La rédaction de MM. d'Angeville et de La Farelle, auteurs de la proposition d'où est sortie la loi du 11 juillet 1847, portait : « Tout propriétaire qui voudra « se servir... *pourra appuyer*. Mais la commission chargée de l'examen de cette proposition ne voulut point admettre le droit d'appui d'une manière aussi absolue, et, pour réserver en cette matière le pouvoir discrétionnaire des tribunaux, elle substitua aux mots ci-dessus soulignés, les termes *pourra obtenir d'appuyer*, qui se retrouvent, sauf une insignifiante variante, dans la rédaction définitive de l'art. 1er de la loi du 11 juillet 1847. *Lois annotées*, 1847, p. 82, col. 2.

truire. Il en est même ainsi du propriétaire du fonds sur lequel s'exerce la servitude d'appui, lorsqu'il ne réclame pas l'usage commun du barrage [24].

4° Dispositions communes aux trois servitudes qui viennent d'être expliquées.

a. Les bâtiments [25], cours et jardins attenant aux habitations sont affranchis des trois servitudes d'aqueduc, d'écoulement, et d'appui. Les parcs et enclos attenant aux habitations sont également affranchis des deux premières de ces servitudes; mais ils restent soumis à la troisième [26].

L'exemption dont jouissent, quant à la servitude d'appui, les bâtiments et les cours ou jardins attenant aux habitations, ne s'applique qu'à l'hypothèse où il s'agit d'un barrage à établir, et non à celle où le riverain sur le fonds duquel se trouve appuyé un barrage déjà construit, demande à en acquérir la copropriété [27].

b. Les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'établissement et l'exercice des servitudes relatives à l'irrigation, ne sont du ressort ni de l'administration, ni de la juridiction administrative, mais de celui des tribunaux de première instance et des Cours impériales, qui doivent, en statuant sur ces difficultés, concilier l'intérêt de l'opération avec le respect dû à la propriété. La procédure est sommaire, et, s'il y a lieu à expertise, il peut n'être nommé qu'un seul expert [28].

[24] C'est ce qui résulte nettement de l'adoption d'un amendement de M. Creton, à la demande duquel on substitua la rédaction qui a définitivement passé dans la loi aux mots : « pourra toujours demander à profiter du barrage pour employer « les eaux dont il a le droit de jouir à l'irrigation de ses propriétés », qui figuraient dans la proposition de MM. d'Angeville et de La Farelle. *Lois annotées*, 1847, p. 86, col. 1 et 2. Bertin, nos 414 à 421. Demolombe, XI, 232. Ballot, n° 31.

[25] La loi du 29 avril 1845, relative aux servitudes d'aqueduc et d'écoulement, ne parle que *des maisons*, tandis que la loi du 11 juillet 1847, concernant la servitude d'appui, se sert du terme plus général de *bâtiments*. Telle est aussi l'expression que nous avons employée dans notre rédaction, par le motif que si les bâtiments de toute nature sont affranchis de la servitude d'appui, qui est bien moins onéreuse que celles d'aqueduc et d'écoulement, à plus forte raison doivent-ils être exemptés de ces dernières. Dumay, sur Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1452. Garnier, p. 25. Demolombe, XI, 224.

[26] Loi du 29 avril 1845, art. 1er, al. 2, et art. 2, al. 2. Loi du 11 juilllet 1847, art. 1, al. 2.

[27] Demolombe, XI, 232 *bis*. Civ. rej., 20 décembre 1853, Sir., 54, 1, 250.

[28] Loi du 29 avril 1845, art. 4. Loi du 11 juillet 1847, art. 3.

c. Les dispositions des lois du 29 avril 1845 et du 11 juillet 1847 n'ont apporté aucune dérogation aux règles du Code Napoléon sur la propriété ou l'usage des eaux [29], ni à celles qui ont pour objet la police des eaux [30].

§ 242.

Des servitudes concernant l'écoulement artificiel à procurer aux eaux nuisibles [1].

1° En vertu de l'art. 3 de la loi du 29 avril 1845, le propriétaire d'un terrain submergé en tout ou en partie peut, dans le but de procurer un écoulement aux eaux, obtenir la faculté de les faire passer, au moyen de fossés ou d'autres ouvrages, à travers les propriétés qui séparent son fonds d'un cours d'eau ou de toute autre voie d'écoulement [2].

Cette faculté peut être accordée, quelles que soient l'origine et la nature des eaux pour lesquelles le passage est demandé. Ainsi elle peut l'être, même pour les eaux amenées à la surface du sol par le forage d'un puits, et pour les eaux plus ou moins corrompues provenant d'un établissement industriel [3].

Tout ce qui a été dit au paragraphe précédent sur le pouvoir discrétionnaire des tribunaux quant à l'établissement même de la servitude d'aqueduc, sur les héritages qui en sont exemptés, ainsi que sur l'indemnité due aux propriétaires des fonds assujettis, s'applique à la servitude d'écoulement dont il est ici question.

2° Le principe posé dans l'art. 3 de la loi du 29 avril 1845, a été développé et complété par la loi du 10 juin 1854, *sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage.*

[29] C'est un point qui a été généralement reconnu dans tout le cours de la discussion de ces deux lois.

[30] Loi du 29 avril 1845, art. 5. Loi du 11 juillet 1847, art 4.

[1] Voy. sur cette matière : *Commentaire de la loi du 10 juin 1854*, par Devilleneuve ; *Lois annotées*, 1854, p. 82 et suiv. *Guide légal du draineur*, par Bourguignat, Paris 1854 in-8°. *Commentaire de la loi du 10 juin 1854*, par Garnier, Paris 1854, in-8°. *Dissertation sur le drainage*, par Ballot, *Revue pratique*, 1858. V, p. 406 et suiv.

[2] En disant : « La même faculté pourra être accordée *sur les fonds intermédiaires* », l'art. 3 de la loi du 29 avril 1845 s'est servi d'une locution qui manque de précision. Notre rédaction, qui exprime d'une manière plus nette la pensée du législateur, a été empruntée à la loi du 10 juin 1854 sur le drainage.

[3] Demante, *Cours*, II, 498 *bis* VI. Demolombe, XI, 222 et 223. Ballot, p. 411, n° 39.

Aux termes de l'art. 1er de cette loi, «Tout propriétaire qui veut «assainir son fonds par le drainage, ou un autre mode d'asséche-«ment, peut, moyennant une juste et préalable indemnité, en «conduire les eaux, souterrainement ou à ciel ouvert, à travers les «propriétés qui séparent ce fonds d'un cours d'eau ou de toute «autre voie d'écoulement.»

Il résulte de la généralité des termes de cet article, que le passage des eaux peut être réclamé par tout propriétaire qui veut, n'importe dans quel but, assainir son fonds, en le débarrassant d'eaux nuisibles. Il pourrait donc l'être, non-seulement dans l'intérêt de l'exploitation agricole du fonds, mais encore pour faciliter l'extraction des tourbes, des pierres, ou des minéraux qu'il renferme[4]. Par la même raison, le passage ne saurait être refusé sous le prétexte que les travaux d'assainissement ne doivent être entrepris que dans le but d'élever des constructions sur le fonds assaini.

Il suit également de la rédaction de l'article précité, qu'à la différence de la servitude dont il a été parlé sous le nº 1 de ce paragraphe, et de celles d'aqueduc ou d'appui, la servitude de passage pour les eaux provenant du drainage existe de plein droit, en ce sens que les tribunaux ne peuvent en refuser l'établissement par le motif que les avantages de l'opération ne seraient pas en rapport avec les inconvénients qu'entraînerait pour les propriétés traversées l'exercice de la servitude[5].

Mais il est bien entendu que le passage ne peut être réclamé

[4] Garnier, p. 17. Civ. cass., 14 décembre 1859, Sir., 60, 1, 466. Voy. en sens contraire: Devilleneuve, *Lois annotées*, 1854, p. 112, col. 2; Demolombe, XI, 236 *bis*. Il est vrai que dans le cours de la discussion de la loi du 10 juin 1854, on a principalement fait valoir l'intérêt de l'agriculture. Mais cette circonstance n'est pas un motif suffisant pour apporter à l'application de cette loi des restrictions qui seraient contraires à la généralité de ses termes.

[5] En effet, tandis que les articles premiers des lois du 29 avril 1845 et du 11 juillet 1847 portent: «Tout propriétaire *pourra obtenir* le passage des eaux, ... la fa-«culté d'appuyer ses ouvrages sur la propriété du riverain opposé», l'art. 1er de la loi du 10 juin 1854 dit: Tout propriétaire *peut conduire* les eaux. Demolombe, XI, 236. Bourguignat, p. 14. Voy. cep. Garnier, p. 18. Il serait assez difficile de donner une raison suffisante pour justifier la différence que nous venons de signaler; et l'on ne peut s'empêcher de regretter qu'il n'existe pas sous ce rapport une harmonie complète entre les dispositions des lois de 1845, 1847 et 1854. Ce défaut d'harmonie se rencontre également en ce qui concerne les juridictions auxquelles est attribuée la connaissance des contestations que peut soulever l'application de ces lois.

qu'à la condition de procurer aux eaux un écoulement suffisant pour les empêcher de rester stagnantes, et qu'ainsi les tribunaux pourraient et devraient rejeter la demande, si les ouvrages projetés n'étaient pas de nature à atteindre ce but[6].

Du reste, les bâtiments, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations sont affranchis de la servitude dont il est ici question. Loi précitée, art. 1er, al. 2.

Les propriétaires des fonds traversés, ou même simplement voisins, ont la faculté de se servir, pour l'écoulement des eaux de leurs fonds, des travaux de drainage faits par un autre propriétaire. La loi les soumet expressément, dans ce cas, à l'obligation de supporter : 1° une part proportionnelle dans la valeur des travaux dont ils profitent; 2° les dépenses résultant des modifications que l'exercice de cette faculté peut rendre nécessaires; 3° et pour l'avenir une part contributive dans l'entretien des travaux devenus communs. Loi précitée, art. 2. Mais cette disposition n'est point conçue dans un sens restrictif, et les motifs d'équité sur lesquels elle est fondée, doivent faire décider que toute personne qui veut se servir des travaux faits par l'entrepreneur du drainage, n'y est admise que sous la condition de restituer l'indemnité qu'elle peut avoir reçue, et de contribuer à celles qui auraient été payées à des propriétaires plus éloignés.

Les associations de propriétaires qui veulent, au moyen de travaux d'ensemble, assainir leurs propriétés par le drainage ou tout autre mode d'asséchement, sont, comme tout propriétaire agissant isolément, autorisées à invoquer le bénéfice de l'art. 1er de la loi du 10 juin 1854. Ces associations peuvent, sur leur demande, être constituées en syndicats par arrêtés préfectoraux; et, dans ce cas, les travaux qu'elles voudraient exécuter sont, comme ceux des communes ou des départements, susceptibles d'être déclarés d'utilité publique par décret rendu en Conseil d'État. Loi précitée, art. 3 et 4, al. 1.

Les contestations auxquelles peuvent donner lieu le mode d'établissement et l'exercice de la servitude, la fixation du parcours des eaux, l'exécution des travaux de drainage ou d'asséchement, les indemnités et les frais d'entretien, sont, en premier ressort, de la compétence du juge de paix du canton, qui doit, en prononçant sur les difficultés dont il est saisi, concilier les intérêts de l'epération avec le respect dû à la propriété. Loi précitée, art. 5.

[6] Ballot, p. 413, nº 43.

Que s'il s'agissait d'indemnités réclamées, non pas seulement à raison de l'exercice de la servitude, mais pour cause d'expropriation prononcée dans l'intérêt de travaux déclarés d'utilité publique, elles devraient être réglées conformément à l'art. 16 de la loi du 21 mai 1836. Loi précitée, art. 4, al. 2.

§ 243.

De la servitude de passage pour cause d'enclave.

Le propriétaire d'un fonds enclavé est autorisé à réclamer, pour l'exploitation de ce fonds, un passage sur les héritages voisins, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage que causera l'établissement de cette servitude [1]. Art. 682.

Le passage peut être réclamé par l'usufruitier ou l'usager, aussi bien que par le propriétaire [2]. Mais il ne pourrait l'être par un simple fermier, sauf à celui-ci à s'adresser au propriétaire pour se le faire procurer [3].

On doit considérer comme enclavés, non-seulement les fonds qui sont privés de toute issue sur la voie publique, mais encore ceux qui n'ont pas une issue suffisante pour leur exploitation [4].

[1] L'origine de cette servitude se trouve dans la loi *si quis sepulchrum* (L. 12, D. *de rel. et sumpt. fun.*, 9 7), dont les dispositions ont été, sous notre ancien Droit, étendues à tous les fonds enclavés. Cpr. *Dissertation*, par Le Gentil, *Revue pratique*, 1861, XI, p. 113.

[2] Si l'usufruitier ne peut réclamer la servitude d'aqueduc (Cpr. § 241, note 4), la raison en est que cette servitude n'est pas fondée sur une nécessité absolue, et qu'en lui en refusant l'exercice, on ne le prive pas de la possibilité de jouir du fonds soumis à son droit dans l'état où il l'a reçu. Tandis que l'usufruitier d'un fonds enclavé serait, à défaut de passage, placé dans l'impossibilité d'exploiter ce fonds. Or, comme son droit de jouissance constitue un droit réel, il est de son propre chef autorisé à faire lever les obstacles qui s'opposent à son exercice. Jousselin, *Des servitudes d'utilité publique*, II, p. 549. Hennequin, II, 472. Demolombe, XII, 600.

[3] Solon, nº 316. Demolombe, *loc. cit.* Cpr. cep. Amiens, 25 mai 1813, Sir., 14, 2, 98.

[4] Le but de l'art. 682 est de rendre possible l'exploitation des fonds enclavés. En indiquant, comme constitutive de l'enclave, l'absence de toute issue sur la voie publique, le législateur n'a pu considérer comme une issue celle qui serait insuffisante pour l'exploitation du fonds. Demolombe, XII, 610. Civ. cass., 16 février 1835, Sir., 35, 1, 806. Cpr. Req. rej., 8 mars 1852, Sir., 52, 1, 314. — Voy. aussi sur l'hypothèse où la voie publique à laquelle aboutit un fonds se trouverait impraticable : Req. rej., 23 août 1827, Sir., 28, 2, 111.

Un fonds séparé de la voie publique par un cours d'eau sur lequel il n'existe ni pont ni bac, est à considérer comme enclavé[5], à moins qu'il ne soit guéable en tout temps[6]. Il en est de même du fonds qui n'a d'issue que sur un chemin de hallage, exclusivement destiné aux besoins de la navigation[7].

Mais les inconvénients et les difficultés que présenterait le passage par l'issue existante, ne suffiraient pas pour faire envisager le fonds comme enclavé[8]. Il y a mieux, un fonds, même actuellement privé d'accès à la voie publique, ne devrait pas être réputé enclavé, s'il était possible de lui procurer une issue au moyen de travaux faciles à exécuter et peu dispendieux[9].

D'un autre côté, le propriétaire qui, de fait, jouit d'un passage pour arriver à la voie publique, ne peut dire son fonds enclavé, sous le prétexte que ce passage n'est exercé qu'en vertu d'un titre sujet à contestation, ou même d'une simple tolérance. La demande tendant à obtenir un autre passage devrait être écartée comme prématurée, tant que celui qu'il exerce de fait ne lui aurait pas été interdit en conséquence de l'annulation de son titre ou du retrait de la concession précaire[10].

Lorsque, par suite d'un nouveau mode d'exploitation, le passage jusqu'alors exercé est devenu insuffisant, le propriétaire du fonds enclavé peut, suivant les circonstances, en demander l'élargissement, l'extension, ou même le déplacement, à charge, bien entendu, d'un supplément d'indemnité[11]. Une pareille demande

[5] Merlin, *Rép.*, v° Voisinage, § 4, n° 4. Favard, *Rép.*, v° Servitudes, sect. II, § 7, n° 1. Demolombe, XII, 609. Amiens, 19 mars 1824, Sir., 24, 2, 242. Req. rej., 31 juillet 1844, Sir., 44, 1, 845. Cpr. Sirey, *Consultation*, Sir., 21, 2, 153.

[6] Req. rej., 30 avril 1855, Sir., 55, 1, 736.

[7] Demolombe, XII, 607. Toulouse, 19 janvier 1825, Sir., 25, 2, 119. Bordeaux, 15 janvier 1835, Sir., 36, 2, 334. Cpr. Déc. en Conseil d'État du 9 juillet 1859, Sir., 60, 2, 343.

[8] Delvincourt, I, p. 389. Toullier, III, 547. Pardessus, I, 218. Duranton, V, 417. Solon, nos 318 et 319. Demolombe, XII, 608. Req. rej., 31 mai 1825, Sir., 26, 1, 220. Besançon, 23 mai 1828, Sir., 28, 2, 308. Colmar, 10 mai 1831, Dalloz, 1833, 2, 51. Rouen, 16 juin 1835, Sir., 36, 2, 87.

[9] Demolombe, *loc. cit.* Rennes, 22 mars 1826, Sir., 28, 2, 308. Colmar, 26 mars 1831, Sir., 31, 2, 378.

[10] Solon, n° 318. Demolombe, XII, 606. Req. rej., 30 avril 1835, Sir., 35, 1, 701. Req. rej., 27 février 1839, Sir., 39, 1, 493.

[11] Demante, *Cours*, II, 527 *bis* II. Demolombe, XII, 611. Agen, 18 juin 1823, Sir., 24, 2, 89. Civ. rej., 8 juin 1836, Sir., 36, 1, 453. Caen, 16 avril 1859, Sir., 59, 2, 652.

peut être formée à raison de l'ouverture d'une carrière, d'une tourbière ou d'une glaisière, tout aussi bien qu'à la suite d'un simple changement de culture [12]. Il semble même qu'elle dût être admise dans l'intérêt d'une maison d'habitation ou d'un établissement industriel déjà existants, si, par l'effet de nouvelles circonstances, par exemple à raison de l'extension donnée à l'industrie, le passage était devenu insuffisant [13]. Mais il n'en serait plus de même dans le cas où le propriétaire d'un terrain enclavé le surbâtirait ou y créerait un établissement industriel [14].

La servitude de passage est en principe imposée à tous les fonds voisins de l'héritage enclavé, autres que ceux qui font partie du domaine public, quelles que soient d'ailleurs la nature physique de ces fonds, et leur condition juridique. Ainsi, les enclos tenant ou non aux habitations, tels que parcs, cours et jardins, y sont soumis tout aussi bien que les terrains ordinaires et non clos [15]. Ainsi encore, les immeubles faisant partie de la dotation de la couronne sont sujets à cette servitude, malgré leur inaliénabilité et leur imprescriptibilité [16]. Il en est de même des fonds dotaux [17].

[12] Demolombe, XII, 612. Amiens, 25 mai 1813, Sir., 14, 2, 98. Chambéry, 10 janvier 1863, *Journal de Grenoble et de Chambéry*, 1863, p. 47. Voy. cep. Le Gentil, *op. cit.*, p. 133. Suivant ce dernier auteur, le passage ne pourrait être réclamé que pour la culture du fonds enclavé, et non pour l'extraction des produits qu'il renferme. Mais c'est, à notre avis, arbitrairement restreindre le sens du mot *exploitation* qui, par sa généralité, comprend tous les modes de jouissance dont un fonds de terre est susceptible d'après sa nature.

[13] La servitude de passage est en effet accordée à tout propriétaire de fonds enclavés, que ces fonds consistent en terres ou en bâtiments, à la condition seulement que le passage soit réclamé pour l'exploitation de ces fonds d'après leur nature.

[14] Il résulte de la restriction indiquée à la fin de la note précédente, que le propriétaire d'un fonds de terre ne peut pas, en élevant des constructions sur ce fonds, se créer par son fait un droit à un passage plus étendu que celui qui lui compétait d'après la nature originaire de son héritage. Arg. art. 702. Surbâtir un terrain, ce n'est plus simplement exploiter ce terrain, mais bien le transformer en un immeuble d'une autre nature. Cpr. en sens divers sur les propositions développées dans cette note et dans la précédente : Solon, n° 322 ; Jousselin, *Des servitudes d'utilité publique*, II, p. 549 ; Demolombe, XII, 612 ; Le Gentil, *op. cit.*, p. 113 et suiv. ; Bruxelles, 22 mars 1817, Dalloz, v° Servitudes, p. 61, n° 2 ; Pau, 14 mars 1831, Sir., 31, 2, 244.

[15] Pardessus, I, 219. Duranton, V, 422. Jousselin, *op. cit.*, II, p. 552. Demolombe, XII, 615.

[16] Jousselin, *op. et loc. citt.* Demolombe, XII, 615 *bis*. Req. rej., 7 mai 1829, Sir., 29, 1, 332.

[17] Cpr. § 537, notes 40 et 43. Jousselin et Demolombe, *locc. citt.*

Toutefois, lorsque l'enclave est le résultat de la division, par suite de partage ou d'aliénation partielle, d'un fonds qui, dans son intégrité, avait accès sur la voie publique, le passage devant être fourni, en vertu d'une convention tacite, par le propriétaire de la portion de ce fonds qui touche à la voie publique, il ne peut plus être réclamé des autres voisins, conformément à l'art. 682[18]. Cette règle doit, au cas d'aliénation partielle, recevoir application, non-seulement quand c'est l'acquéreur qui est devenu propriétaire de la partie enclavée, mais encore lorsque cette partie a été réservée par le vendeur[19]. Elle serait également applicable dans l'hypothèse où les deux portions du fonds auraient été vendues à des acquéreurs différents[20].

En principe, le passage doit être pris sur les fonds voisins qui présentent le trajet le plus court pour arriver à la voie publique. Art. 683. Ce principe n'est cependant pas tellement absolu que les juges ne puissent s'en écarter, soit dans l'intérêt des héritages voisins, soit même dans celui du fonds enclavé, si la situation des lieux ou des circonstances particulières l'exigent[21].

Dans tous les cas, le passage doit être fixé par l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé. Art. 684.

La servitude de passage, en tant qu'elle est réclamée conformément à l'art. 682, ne peut l'être qu'à la charge d'une indemnité. Lorsque, l'enclave étant le résultat d'un partage ou d'une aliénation partielle, cette servitude est revendiquée en vertu d'une convention tacite, la question de savoir s'il est dû une indemnité, et quelle serait la partie qui aurait à la supporter, doit se résoudre par application des règles sur la garantie en matière de

[18] Maleville, sur l'art. 682. Delvincourt, I, p. 390. Toullier, III, 550. Duranton, V, 420. Marcadé, sur l'art. 682, n° 5. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 325. Demante, *Cours*, II, 537 *bis*. Demolombe, XII, 602. Req. rej., 1er mai 1811, Sir., 11, 1, 325. Caen, 26 mai 1824, Dalloz, *Jur. gen.*, v° Servitudes, p. 61, n° 1. Douai, 23 novembre 1850, Sir., 51, 2, 52. Req. rej., 14 novembre 1859, Sir., 60, 1, 236. Req. rej., 1er août 1861, Sir., 61, 1, 945. Voy. cep. Pardessus, I, 219.

[19] Demolombe, *loc. cit.* Req. rej., 1er mai 1811, Sir., 11, 1, 325.

[20] Demolombe, *loc. cit.* Voy. cep. Civ. rej., 19 juillet 1843, Sir., 43, 1, 846.

[21] C'est ce qu'indique le mot *régulièrement*, inséré dans l'art. 683. Delvincourt, I, p. 390. Toullier, III, 548. Pardessus, I, 219. Duranton, V, 423 à 425. Demante, *Cours*, II, 538 *bis* II. Demolombe, XII, 618. Req. rej., 1er mai 1811, Sir., 11, 1, 325. Besançon, 23 mai 1828, Dalloz, 1828, 2, 347. Bordeaux, 15 janvier 1835, Sir., 36, 2, 334. Bourges, 9 mars 1858, Sir., 58, 2, 670.

partage ou de vente, et d'après les circonstances particulières du fait [22].

Dans le cas même où le passage ne peut être réclamé que moyennant indemnité, l'exercice de la servitude, avant le règlement de son assiette et la fixation de l'indemnité due à son occasion, ne constitue pas la contravention prévue par les nos 9 et 10 de l'art. 475 du Code pénal, et ne peut donner lieu qu'à une action en dommages-intérêts ou à une complainte possessoire [23]. Il y a plus : si, dans les circonstances qui viennent d'être rappelées, le propriétaire du fonds enclavé avait de fait exercé le passage pendant une année au moins, il serait lui-même fondé à former la complainte contre le propriétaire du fonds assujetti, qui le troublerait dans la quasi-possession de la servitude [24].

Le droit de réclamer le passage nécessaire à l'exploitation de fonds enclavés est de sa nature imprescriptible. Art. 2232. Au contraire, le droit de demander l'indemnité due à raison du passage est sujet à la prescription de trente ans [25], qui commence à courir du jour où le passage a été exercé [26] à titre de servitude légale [27]. Art. 685 [28].

[22] Cpr. Duranton, V, 420; Demante, *Cours*, II, 537 *bis* I; Demolombe, XII, 604.

[23] Crim. cass., 25 avril 1846, Sir., 46, 1, 798. Crim. cass., 20 janvier 1857, Sir., 57, 1, 495. Crim. rej., 2 mai 1861, Sir., 62, 1, 108.

[24] Cpr. § 185, texte n° 3, et note 25.

[25] Cette prescription exige, quoiqu'elle ne soit qu'extinctive, une possession revêtue des caractères exigés en matière d'usucapion. Demolombe, XII, 635. Cpr. Req. rej., 21 mars 1831, Sir., 31, 1, 188; Civ. cass., 16 février 1835, Sir., 35, 1, 806; Req. rej., 11 juillet 1837, Sir., 38, 1, 41; Req. rej., 31 décembre 1860, Sir., 61, 1, 991.

[26] Et non pas seulement à dater de la fixation conventionnelle ou judiciaire de l'indemnité : autrement l'art. 685 ne serait qu'une répétition inutile de l'art. 2262. Pardessus, I, 224. Marcadé, sur l'art. 685, n° 3. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 326. Demante, *Cours*, II, 539 *bis* I. Jousselin, *op. cit.*, II, 554. Demolombe, XII, 635. Civ. cass., 16 juillet 1821, Sir., 22, 1, 154. Bordeaux, 12 février 1827, Sir., 27, 2, 246. Req. rej., 23 août 1828, Sir., 28, 1, 111. Voy. en sens contraire : Vazeille, *Des prescriptions*, I, 409.

[27] Si le passage avait été exercé à titre de tolérance avant que l'enclave existât, la prescription ne commencerait à courir que du jour où l'enclave s'étant produite, le passage a été exercé à titre de droit. Pardessus, I, 224. Duranton, V, 429 et 430. Demolombe, XII, 635 *bis*.

[28] Cet article est introductif d'un droit nouveau pour les pays dont les coutumes avaient adopté la maxime *Nulle servitude sans titre*. Sous l'empire de ces coutumes, on reconnaissait bien au propriétaire d'un fonds enclavé le droit de réclamer un passage sur les fonds voisins ; mais l'exercice du passage était consi-

La servitude de passage étant établie par la loi, il ne saurait être question de l'acquisition par prescription de cette servitude elle-même [29]. Mais, à défaut de règlement conventionnel ou judiciaire sur l'assiette du passage, la possession trentenaire a pour effet de la déterminer d'une manière irrévocable [30], de telle sorte que le propriétaire du fonds sur lequel le passage a été exercé à titre de servitude légale, ne peut plus demander qu'il soit pris sur un autre fonds ou sur une partie différente du sien propre [31], et que, réciproquement, le propriétaire du terrain enclavé ne peut plus réclamer le passage sur les héritages d'autres voisins [32].

La loi n'accordant au propriétaire d'un fonds enclavé le droit de passer sur les fonds voisins qu'à raison de la nécessité résultant de l'enclave, ce droit ne peut plus être réclamé, lorsque l'enclave vient à cesser, soit par l'établissement d'un chemin, soit par la réunion du fonds originairement enclavé, à un héritage communiquant à la voie publique. Il en est ainsi, lors même que le passage a été exercé pendant plus de trente ans, ou qu'il l'a été après paiement d'une indemnité [33], sauf, dans ce dernier

déré comme entaché de précarité tant que l'indemnité n'avait pas été payée ou réglée, et ce n'était qu'à partir de son règlement qu'elle devenait prescriptible. Cpr. Demolombe, XII, 634; Req. rej., 7 février 1811, Sir., 13, 1, 463; Poitiers, 28 juin 1825, Sir., 25, 2, 270; Req. rej., 11 mai 1830, Sir., 30, 1, 229; Orléans, 22 juillet 1835, Sir., 35, 2, 495.

[29] Delvincourt, I, p. 391. Marcadé, sur l'art. 682, n° 2. Demolombe, XII, 624.

[30] Il en est toutefois autrement, à notre avis, lorsque le passage a été exercé sur un immeuble dotal qui, ne présentant pas le trajet le plus court pour arriver à la voie publique, ne se trouvait pas soumis à la servitude établie par l'art. 682. Cpr. § 537, texte n° 3, et note 43. Outre les autorités citées dans cette note en sens contraire de notre opinion, voy. encore : Demolombe, XII, 625; Bordeaux, 6 août 1861, Sir., 62, 2, 128.

[31] Cpr. § 185, texte n° 3, et note 25. Delvincourt, *loc. cit.* Toullier, III, 553. Pardessus, I, 223. Marcadé, sur l'art. 682, n° 2. Demante, *Cours*, II, 538 *bis* III. Demolombe, XII, 624. Amiens, 19 mars 1824, Sir., 24, 2, 242. Pau, 14 mars 1831, Sir., 31, 2, 244. Req. rej., 29 décembre 1847, Sir., 49, 1, 134. Req. rej., 18 juillet 1848, Sir., 49, 1, 136. Nancy, 30 mars 1860, et Grenoble, 7 juin 1860, Sir., 60, 2, 447 et 448. Paris, 5 avril 1861, Sir., 61, 2, 255. Voy. en sens contraire : Vazeille, *Des prescriptions*, I, 409; Paris, 30 juin 1859, Sir., 59, 2, 557. — Il est toutefois bien entendu que le propriétaire du fonds sur lequel le passage aurait été exercé, même pendant plus de trente ans, pourrait toujours, dans les conditions indiquées à l'art. 701, en demander la translation sur une autre partie de son fonds.

[32] Cpr. texte et note 10 *supra*.

[33] On ne saurait, sans dénaturer la véritable intention des parties, induire du

cas, la restitution de l'indemnité dont le paiement se trouverait justifié [34].

Mais, lorsque l'enclave est le résultat d'un partage ou d'une alié-

réglement, conventionnel ou judiciaire, intervenu entre elles sur l'assiette du passage réclamé à titre de nécessité, et sur l'indemnité à payer par le propriétaire du fonds enclavé, la constitution, pour une éventualité quelconque, d'un passage de simple commodité. Cette remarque se présente d'une manière plus frappante encore dans l'hypothèse où le réglement conventionnel se trouve remplacé par la prescription. En effet, celui qui a toléré l'exercice sur son fonds d'un passage nécessaire, sans demander qu'il fût pris sur d'autres héritages, ou sans exiger l'indemnité à laquelle il avait droit, ne peut être considéré comme ayant, par son silence, consenti à l'établissement d'un passage pour le cas même où, l'enclave venant à cesser, le passage perdrait le caractère de nécessité avec lequel il a été toléré et pratiqué. Dans ces circonstances, il y a lieu d'appliquer la maxime *Cessante causa, cessat effectus ;* et quand, pour l'écarter, on invoque la règle *Quod ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis*, on se place évidemment en dehors des faits et des véritables termes de la question. L'opinion contraire à celle pour laquelle nous nous sommes prononcés, ne pourrait se soutenir qu'en admettant la transformation de la servitude légale de passage nécessaire, en une servitude qui se trouverait établie par le fait de l'homme dans un intérêt de simple commodité. Or une pareille transformation, qui ne peut évidemment, en présence de l'art. 691, s'opérer par l'effet de la prescription, ne saurait davantage résulter d'une convention uniquement relative à l'exercice d'un passage nécessaire. Delvincourt, I, p, 390. Toullier, III, 554. Pardessus, I, 225. Solon, nº 331. Marcadé, sur l'art. 682, nº 4. Taulier, II, p, 429. Demante, *Cours*, II, 539 *bis* II. Agen, 14 août 1834, Sir., 35, 2, 414. Lyon, 24 décembre 1841, Sir., 42, 2, 166. Angers, 20 mai 1842, Dalloz, 1842, 2, 164. Limoges, 20 novembre 1843, Sir., 44, 2, 158. Rouen, 16 février, et Orléans, 23 août 1844, Sir., 48, 1, 193 à la note. Rouen, 13 décembre 1862, Sir., 63, 2, 176. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 435; Demolombe, XII, 642; Grenoble, 15 mars 1839, Sir., 45, 2, 418; Aix, 14 juin 1844, Dalloz, 1845, 4, vº Servitudes, nº 17; Caen, 1er décembre 1845, Sir., 46, 2, 128; Bordeaux, 18 mars 1845, et Grenoble, 20 novembre 1847, Sir., 48, 1, 193, à la note; Req. rej., 19 janvier 1848, Sir., 48, 1, 193; Bordeaux, 25 juin 1863, Sir., 63, 2, 208.

[34] Pardessus, I, 226. Solon, nº 332. Taulier, *loc. cit.* Angers, 20 mai 1842, Dalloz, 1842, 2, 164. Voy. cep. Agen, 14 août 1834, Sir., 35, 2, 414; Lyon, 24 décembre 1841, Sir., 42, 2, 166; Limoges, 20 novembre 1843, Sir., 44, 2, 158; Caen, 1er décembre 1845, Sir., 46, 2, 128. Ces arrêts décident que lorsque le passage a été exercé pendant trente ans, le propriétaire du fonds autrefois enclavé, a droit à la restitution de l'indemnité qu'il est présumé avoir payée, et ce, d'après l'évaluation qui en serait faite. Mais la doctrine de ces arrêts, qui partent de l'idée erronée que la prescription de l'art. 685 fait légalement présumer le paiement d'une indemnité, doit d'autant moins être admise qu'il s'agit ici d'une *condictio sine causa*, et que celui qui exerce une pareille action est tenu de prouver avant tout le paiement de la somme dont il réclame la restitution.

nation partielle, la servitude de passage, due en pareil cas par suite d'une convention tacite, continue de subsister malgré la cessation de l'enclave [35].

En dehors du cas d'enclave, il existe certaines circonstances dans lesquelles il est permis de passer sur le fonds d'autrui.

C'est ainsi que toute personne peut passer sur les héritages bordant une voie publique devenue impraticable, quand même il serait, à cet effet, nécessaire de les déclore, et quel que soit d'ailleurs leur état de culture. L'indemnité due aux propriétaires des héritages traversés est, en pareil cas, à la charge de la commune [36].

C'est ainsi encore que le propriétaire d'un essaim d'abeilles est autorisé à le poursuivre sur le fonds où il s'est posé [37]; et que le propriétaire d'objets enlevés par les eaux peut, pour les retirer, entrer dans le fonds où ils ont été entraînés [38].

APPENDICE AUX SERVITUDES LÉGALES.

De la propriété et de l'usage des eaux [1].

§ 244.

1. *Des eaux de source.*

Tout propriétaire d'un terrain est, comme tel, propriétaire des sources qui s'y trouvent, peu importe qu'elles y jaillissent naturellement ou qu'elles n'aient été amenées à la surface du sol que par des fouilles ou des sondages. Arg. art. 552. Il en résulte que, si, par suite de pareils travaux, des eaux qui jaillissaient naturellement dans nn terrain, en ont été détournées et amenées à la surface d'un autre fonds, c'est au propriétaire de ce fonds que la

[35] Toulouse, 16 mai 1829; Sir., 30, 2, 243. Req. rej., 14 novembre 1859, Sir., 60, 1, 236. Req. rej., 1er août 1861, Sir., 61, 1, 945.

[36] Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. II, art. 41. Cpr. Loi du 21 mai 1836, art. 1er. Toullier, III, 557. Pardessus, I, 226.

[37] Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. I, sect. III, art. 5. Cpr. § 201, texte nº 1, lett. *a*.

[38] Cpr. L. 8. D. *de incend.* (47, 9). Pardessus, *loc. cit.*

[1] Les art. 641 à 645, quoique placés sous la rubrique *Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux*, appartiennent plutôt à la théorie de la propriété et des droits d'usage qu'à celle des servitudes légales. Tel est le motif pour lequel nous n'en traiterons ici que par forme d'appendice. Cpr. sur cette matière : Daviel, *Traité des cours d'eau*, 3e édit. Paris 1845, 3 vol. in-8º. Garnier, *Régime des eaux*, Paris, 1849 à 1851, 5 vol. in-8º.

source appartient [2], et que droit revenir l'indemnité due à raison de son expropriation pour cause d'utilité publique [3].

La faculté dont jouit tout propriétaire de faire des fouilles dans son fonds, pour rechercher les eaux qui s'y trouvent, peut être modifiée, soit directement par l'effet d'une renonciation formelle, soit indirectement par l'établissement d'une servitude à laquelle l'exercice de cette faculté porterait atteinte [4].

Le propriétaire d'une source a le droit d'en disposer à volonté. Art. 641 cbn. 544. Il peut donc en absorber entièrement les eaux ou les détourner de leur cours naturel ; et les propriétaires voisins ou inférieurs ne sont pas même fondés à s'opposer à ce qu'il les retienne, sous le prétexte qu'elles lui seraient plus nuisibles qu'utiles [5]. Mais il est bien entendu que s'il veut, en vertu de l'art. 640, les laisser couler sur les fonds inférieurs, il lui est interdit de les employer à des usages de nature à les corrompre ou à les imprégner d'éléments délétères [6].

Le propriétaire d'une source a le droit de disposer à son gré des eaux de cette source, non-seulement au dedans, mais encore en dehors du fonds où elles jaillissent [7]. Il peut en céder l'usage

[2] On exprime d'ordinaire cette idée en disant que la source appartient, non à celui dans le fonds duquel elle jaillit, mais à celui dans le fonds duquel elle prend naissance. A notre avis cette formule manque de précision, et même jusqu'à certain point d'exactitude, en ce qu'elle n'indique pas quel est le fonds qui doit être considéré comme donnant naissance à la source, et semble subordonner la solution de cette question à des recherches géologiques.

[3] Req. rej., 4 décembre 1860, Sir., 61, 1, 623.

[4] Req. rej., 19 juillet 1837, Sir., 37, 1, 684. Req. rej., 20 juin 1842, Sir., 43, 1, 321. Req. rej., 22 août 1859, Sir., 60, 1, 369.

[5] Toullier, III, 131 à 133. Duranton, V, 174. Demolombe, XI, 66. Civ. cass., 29 janvier 1840, Sir., 40, 1, 207. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 381 ; Pardessus, I, 78 ; Daviel, III, 895 ; Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1349 ; Metz, 16 novembre 1826, Sir., 31, 2, 110.

[6] Voy. § 240, texte et note 19. Cpr. aussi même paragraphe, texte et note 22.

[7] La Chambre des requêtes de la Cour de cassation avait d'abord décidé le contraire, en partant de l'idée qu'en dehors du fonds où elles jaillissent, les eaux d'une source deviennent des eaux courantes, sur lesquelles le propriétaire de cette source ne peut exercer que les droits d'usage concédés aux riverains par l'art. 644. Req. rej., 28 mars 1849, Sir., 49, 1, 503. Mais cette idée, que la même chambre n'a plus reproduite dans son arrêt du 22 mai 1854 (Sir., 54, 1, 729), nous paraît avoir été définitivement rejetée par la chambre civile (Civ. cass., 19 novembre 1855, Sir., 56, 1, 609), dont nous n'hésitons pas à adopter la solution. Le propriétaire de la source ayant incontestablement le droit d'en détourner les eaux au préjudice des propriétaires inférieurs, il importe peu que ce détour-

exclusif à des tiers, peu importe qu'ils soient ou non propriétaires de terrains contigus à celui où se trouve la source[8].

La seule circonstance que le propriétaire d'une source en a laissé couler les eaux par leur pente naturelle pendant trente années, et que cette source s'est ainsi transformée en une eau courante, ne le prive pas du droit d'en disposer au préjudice des propriétaires inférieurs qui les auraient reçues, mais qui n'en auraient pas prescrit l'usage conformément aux art. 641 et 642[9].

Le droit absolu dont jouit le propriétaire d'une source sur les eaux qui en proviennent, ne peut d'ailleurs être limité par des règlements émanés, soit de l'administration[10], soit de l'autorité judiciaire[11]. De pareils règlements, qui ne sauraient avoir pour objet que la police des eaux courantes, ou les droits respectifs des

nement s'opère dans le fonds même qui renferme cette source, ou dans un autre. Tout se réduit, en pareil cas, à savoir si les propriétaires inférieurs ont ou non acquis un droit sur les eaux de la source. Voy en ce sens : Daviel, III, 766 *bis* ; *Rapport au Sénat*, par M. de Royer (*Moniteur*, du 19 juin 1862).

[8] De Royer, *Rapport précité*. Req. rej., 22 mai 1854, Sir.. 54, 1, 729.

[9] Suivant une doctrine émise dans les considérants de l'arrêt de la chambre des requêtes du 22 mai 1854, cité à la note précédente, le propriétaire de la source pourrait, dans l'hypothèse indiquée au texte, être considéré, selon les circonstances, comme en ayant volontairement abandonné les eaux aux propriétaires inférieurs, pour les besoins de l'irrigation. Voy. aussi dans ce sens : Garnier, III, 747. Cette doctrine ne doit pas être admise ; elle aurait pour résultat de créer arbitrairement, et en dehors des exceptions établies par les art. 642 à 643, une nouvelle restriction au droit de disposition du propriétaire de la source. Si ce dernier n'a pas, pendant un temps plus ou moins long, usé de la faculté de détourner les eaux, on ne saurait induire de cette circonstance une renonciation à cette faculté légale, qui comme telle est imprescriptible. Art. 2232. En vain voudrait-on invoquer, en sens contraire, la disposition de l'art. 644, et le droit d'usage qu'il accorde aux riverains d'un cours d'eau, puisque ce droit d'usage, nécessairement subordonné à l'existence d'une eau courante, ne trouve plus d'objet auquel il puisse s'appliquer, lorsque, en vertu de son droit absolu de disposition, le propriétaire de la source a modifié le cours naturel des eaux. Pardessus, I, 105. Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1356 et 1369. Daviel, III, 792 et 793. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 267. Demolombe, XI, 101. De Royer, *Rapport précité*. Civ. cass., 10 novembre 1855, Sir., 56, 1, 609. Civ. cass., 18 mars 1857, Sir., 57, 1, 263. Colmar, 26 novembre 1857, Sir., 58, 2, 343. Req. rej., 9 décembre 1862, Sir., 63, 1, 358.

[10] Demolombe, XI, 69. Décrets en Conseil d'État du 23 décembre 1858, Sir., 60, 2, 345, du 1er mars 1860, Sir., 60, 2, 346, et du 14 mars 1861, Sir., 61, 2, 365.

[11] Demolombe, XI, 66. Civ. cass., 29 janvier 1840, Sir., 40, 1, 207. Pau, 2 mai 1857, Sir., 58, 2, 181.

riverains d'un cours d'eau, ne sont point opposables au propriétaire de la source ; qui reste le maître d'en disposer à son gré.

Ce droit de disposition est cependant susceptible d'être modifié, non-seulement par un titre émané du propriétaire de la source, mais encore par la destination du père de famille [12] et par la prescription. Art. 641. D'un autre côté, il est soumis à la restriction résultant de la servitude établie par l'art. 643. Enfin, il va de soi qu'une source est, comme tout autre objet corporel formant la matière d'un droit de propriété, susceptible d'expropriation pour cause d'utilité publique [13].

2° La prescription invoquée contre le droit de disposition du propriétaire de la source ne peut s'accomplir que par une jouissance non interrompue [14] pendant l'espace de trente années, à compter du jour où celui qui s'en prévaut a fait et terminé des ouvrages apparents, destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété [15]. Art. 642. La contradiction opposée à l'exercice du droit de propriétaire de la source n'aurait pas pour effet, en l'absence de tous travaux apparents, de rendre la prescription possible [16].

Il n'est pas indispensable que les ouvrages apparents qui sont

[12] L'art. 641, qui ne mentionne expressément que le titre ou la prescription, comprend implicitement la destination du père de famille, puisqu'elle équivaut à titre en ce qui touche les servitudes continues et apparentes. Art. 692. Duranton, V, 186. Daviel, III, 770. Garnier, III, 721. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1364. Demolombe, XI, 83. Req. rej., 20 décembre 1825, Sir., 26, 1, 179. Bourges, 13 décembre 1825, Sir., 26, 2, 222. Pau, 28 mai 1831, Sir., 31, 2, 201. Civ. cass., 30 juin 1841, Sir., 41, 1, 638.

[13] Pardessus, I, 138. De Royer, *Rapport au Sénat*, *Moniteur* du 19 juin 1862. Cpr. Req. rej., 4 décembre 1860, Sir., 61, 1, 623.

[14] L'interruption aurait lieu naturellement par la retenue ou le détournement des eaux : elle résulterait immédiatement de ces faits, si le propriétaire du fonds inférieur n'avait point, au moment où ils se sont produits, la possession annale ; et, dans le cas contraire, elle s'opérerait par le maintien pendant une année au moins, sans réclamation de la part de ce dernier, de l'état de choses constitutif de la retenue ou du détournement des eaux. Art. 2243. Cpr. Delvincourt, I, p. 382 et 383 ; Pardessus, I, 100. Voy., sur l'interruption civile, texte et note 18 *infra*.

[15] Il est absolument nécessaire que les travaux aient été exécutés par celui qui se prévaut de la prescription. Civ. cass., 25 août 1812, Sir., 12, 1, 350. Req. rej., 15 avril 1845, Sir., 45, 1, 583. Civ. cass., 18 mars 1857, Sir., 57, 1, 263.

[16] Arg. art. 642, cbn. 2232. *Nec obstat* art. 2238 : Cpr. § 185, texte et notes 27 à 29. Taulier, II, p. 363. Demolombe, XI, 82. Voy. en sens contraire : Proudhon, *op. cit.*, IV, 1371.

exigés pour donner cours à la prescription, aient été faits dans le fonds même où jaillit la source ; il suffit qu'ils aient été exécutés dans l'héritage immédiatement inférieur ou contigu [17]. Mais aussi le propriétaire de la source peut-il, dans ce cas, se prémunir contre la prescription au moyen d'une interpellation adressée à l'auteur de ces travaux, en la faisant suivre d'une action en justice, si ce dernier ne consentait pas, sur cette interpellation, à reconnaître la

[17] La question résolue au texte est vivement controversée. Pour se former à ce sujet des idées exactes, il importe avant tout de remarquer que l'art. 642 s'occupe exclusivement des rapports du propriétaire de la source et du propriétaire du fonds immédiatement inférieur. Or si, même en ce qui concerne ces rapports, la rigueur des principes eût exigé, pour donner cours à la prescription, des travaux exécutés dans le fonds même où jaillit la source, on ne peut s'empêcher de reconnaître qu'à raison de la nature particulière de la chose qui forme ici l'objet du droit de propriété, il existait de puissantes raisons d'utilité générale, pour engager le législateur à déroger, dans une certaine mesure, aux règles ordinaires. Cette dérogation ressort du texte même de l'art. 642, qui, en énumérant les différentes conditions dont le concours est nécessaire à l'accomplissement de la prescription, se borne à exiger des ouvrages apparents, sans demander que ces ouvrages soient établis sur le fonds même où se trouve la source. Le silence de cet article sur ce point est d'autant plus concluant que l'ensemble des travaux préparatoires ne peut laisser aucun doute sur la véritable pensée du législateur. La *discussion au Conseil d'État* et les *observations du Tribunat* prouvent, en effet, que son intention a été de se contenter d'ouvrages établis sur le fonds inférieur, et que c'est précisément pour prévenir toute controverse à cet égard, que, dans la rédaction définitive de l'art. 642, on a substitué les mots *ouvrages apparents* aux mots *ouvrages extérieurs*, qui y figuraient primitivement. Locré, *Lég.*, VIII, p. 334 à 340, nos 5 à 7 ; p. 355 à 358, no 5. En présence d'une volonté si formellement exprimée, et, qui plus est, législativement consacrée par le changement fait à l'art. 642, il ne saurait appartenir aux tribunaux, sous prétexte d'erreurs doctrinales imputées au législateur, de s'écarter du respect dû à ses décisions. Aussi croyons-nous devoir, malgré la jurisprudence contraire de la Cour de cassation, persister dans l'opinion que nous avons précédemment émise. Voy. en ce sens : Delvincourt, I, p. 382 ; Pardessus, I, 101, II, p. 363 ; Favard de Langlade, *Rép.*, vo Servitudes, sect. I, § 1, no 2 ; Solon, p. 64 ; Zachariæ, § 236, note 6 ; Daviel, III, 775 ; Marcadé, sur l'art. 642, no 2 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 268 ; Demante, *Cours*, II, 493 *bis* I ; Rouen, 16 juillet 1857, Sir., 57, 2, 621. Voy. en sens contraire : Henrion de Pansey, *Compétence des juges de paix*, chap. XXVI, § 4, no 1 ; Toullier, III, 635, à la note ; Duranton, V, 181 ; Garnier, III, 728 ; Vazeille, *Des prescriptions*, I, 401 ; Taulier, II, p. 364 ; Demolombe, XI, 79 et 80. Civ. cass., 25 août 1812, Sir., 12, 1, 350 ; Req. rej., 6 juillet 1825, Sir., 26, 1, 406 ; Bordeaux, 1er juillet 1834, Sir., 34, 2, 648 ; Req. rej., 5 juillet 1837, Sir., 37, 1, 565 ; Req. rej., 15 février 1854, Sir., 54, 1, 186 ; Colmar, 26 novembre 1857, Sir., 58, 2, 343 ; Civ. cass., 8 février 1858, Sir., 58, 1, 193 ; Req. rej., 2 avril 1858, Sir., 59, 1, 733.

précarité de sa jouissance [18]. Quant aux ouvrages établis dans des fonds inférieurs plus éloignés, ils seraient insuffisants pour faire courir la prescription à l'encontre du propriétaire de la source [19].

Lorsqu'il s'agit d'ouvrages existant dans le fonds où jaillit la source, le propriétaire d'un fonds inférieur ne peut, en général, s'en prévaloir à l'appui de la prescription, qu'à charge de prouver qu'ils ont été exécutés par lui [20]. Toutefois, dans le cas où l'ancienneté de ces travaux ne permettrait plus d'en reconnaître l'auteur, les tribunaux pourraient admettre en fait qu'ils ont été exécutés par le propriétaire inférieur, s'il était évident qu'ils ont été établis dans son intérêt exclusif [21]. Quand il s'agit d'ouvrages existant sur le fonds inférieur, ils sont légalement présumés faits par le propriétaire de ce fonds. Art. 553.

[18] Cette réserve répond à l'une des principales objections qu'on a fait valoir contre notre opinion, en disant que le propriétaire de la source n'ayant aucune action pour demander la suppression des travaux faits sur le fonds inférieur, il se trouverait dans l'impossibilité de s'opposer au cours de la prescription. — Du reste, nous ne croyons pas qu'une simple protestation fût suffisante à cet effet. Cpr. § 215, texte et note 24. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1367. Voy. cep. Delvincourt, I, p. 382 et 383; Pardessus, I, 101; Demante, *op. et loc. citt.*

[19] Tous les propriétaires de fonds inférieurs, même non contigus à celui où se trouve la source, peuvent sans doute, au moyen de la prescription, acquérir un droit sur les eaux qui en proviennent. Duranton, V, 185. Marcadé, sur l'art. 642, nº 3. Daviel, III, 772. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1355. Demante, *Cours*, II, 493 *bis*, III. Demolombe, XI, 81. Mais comme, d'après l'ensemble de sa rédaction, l'art. 642 suppose des ouvrages tout au moins faits sur l'héritage inférieur, touchant immédiatement celui qui renferme la source, les propriétaires plus éloignés ne pourraient, en vertu de travaux exécutés sur leurs propres fonds, se prévaloir des dispositions de cet article. Cpr. Delvincourt, I, p. 381. Cette distinction est éminemment rationnelle, en ce que des ouvrages faits sur l'héritage contigu ont pu être considérés comme suffisants pour constituer en demeure le propriétaire de la source, tandis qu'on ne saurait attribuer un pareil effet à des travaux exécutés dans des fonds plus éloignés. Elle est capitale pour la saine intelligence de l'art. 642, et écarte tous les inconvénients qui s'attacheraient à un système trop absolu, d'après lequel il suffirait de travaux exécutés dans un fonds inférieur quelconque pour faire courir la prescription. Cpr. Req. rej, 2 août 1858, Sir., 59, 1, 733.

[20] Duranton, V, 170. Pardessus, I, 101. Demante, *Cours*, II, 493 *bis*. Demolombe, XI, 177. Voy. aussi les arrêts cités à la note 15 *supra*.

[21] *Non obstat* art. 553. La présomption légale établie par cet article fléchit devant la preuve contraire, Or, comme il s'agit ici de faits purs et simples, cette preuve peut se faire par témoins ou à l'aide de simples présomptions de fait. Cpr. § 192, texte et note 4. Demante, *op. et loc. citt.* Demolombe, XI, 78. Civ. rej., 12 avril 1830, Sir., 30, 1, 174. Req. rej., 16 mars 1853, Sir., 53, 1, 621. Req. rej., 1er déc. 1856, Sir., 57, 1, 844.

Les rapports du propriétaire de la source et du propriétaire du fonds inférieur qui, par titre, par destination du père de famille, ou par prescription, a acquis un droit sur les eaux de cette source, se règlent, suivant les cas, par le titre, par l'état de choses constitutif de la destination du père de famille, ou d'après la maxime *Tantum præscriptum quantum possessum.*

A la différence de la destination du père de famille et de la prescription, qui ne donnent jamais au propriétaire inférieur qu'un droit d'usage sur les eaux de la source, le titre peut lui en conférer la propriété même. Dans ce cas, le propriétaire du fonds où elle se trouve, est désormais privé, non-seulement de la faculté de faire, au profit de tiers, de nouvelles concessions sur les eaux, mais même de celle de s'en servir lui-même. Dans le cas, au contraire, où le propriétaire du fonds inférieur n'a acquis qu'une simple servitude, le propriétaire de la source conserve le droit d'en user pour ses propres besoins, et même celui d'en disposer en faveur de tierces personnes, à condition toutefois de laisser arriver au propriétaire inférieur le volume d'eau auquel celui-ci a droit[22].

S'il s'élevait entre les deux propriétaires des contestations relatives à l'usage des eaux, les tribunaux devraient les décider d'après les droits respectifs des parties, tels qu'ils résultent du titre, de la destination du père de famille, ou de la prescription, et ne seraient pas autorisés à user du pouvoir discrétionnaire que leur accorde l'art. 645, en ce qui concerne les eaux courantes[23].

La position du propriétaire du fonds inférieur, joignant immédiatement celui où jaillit une source, dans ses rapports avec les propriétaires plus éloignés, varie selon qu'il a acquis ou non, à l'encontre du propriétaire de la source, un droit privatif sur les eaux en provenant, et suivant la nature de ce droit.

Lorsqu'il n'a acquis aucun droit privatif sur la source qui forme la tête d'un cours d'eau traversant ou bordant sa propriété, ses rapports avec les propriétaires plus éloignés sont réglés par les art. 644 et 645, qui seront expliqués au § 246.

Lors, au contraire, qu'il a acquis par titre la propriété de la source, il peut en disposer de la même manière qu'aurait pu le faire le propriétaire du fonds où elle jaillit, et par conséquent en détourner les eaux ou les concéder à des tiers.

[22] Duranton, V, 182. Daviel, III, 781. Demolombe, XI, 85. Voy. cep. Pardessus, I, 102.

[23] Daviel, III, 785. Demolombe, XI, 87. Cpr. Req. rej., 20 mai 1828, Sir., 28, 1, 213.

Enfin, s'il n'a acquis qu'un simple droit d'usage sur les eaux de la source, il ne lui est pas permis de les détourner ou de les concéder à des tiers [24]. Mais, dans ce cas même, son droit prime celui qui compéterait aux propriétaires de fonds plus éloignés en vertu de l'art. 644, en ce sens que c'est, d'après le titre, la destination du père de famille, ou la prescription, fondement de ce droit, que doit, suivant les circonstances, se règler son étendue, sans qu'il appartienne aux tribunaux de le restreindre par application de l'art. 645.

3° Par exception à la règle posée dans l'art. 641, le propriétaire d'une source ne peut la détourner, lorsque, dans son cours, elle fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire. Art. 643.

La servitude résultant de cette disposition ne grève que les sources proprement dites, et ne doit pas être étendue aux citernes, aux puits, aux mares et aux étangs [25].

Exclusivement établie en faveur des communautés d'habitants, cette servitude ne peut être invoquée par les habitants de maisons isolées [26].

Elle est en outre subordonnée à la double condition, que les eaux de la source soient destinées à la consommation personnelle des membres de la communauté ou à celle de leur bétail, et qu'elles soient absolument indispensables pour satisfaire ces besoins.

Ainsi, d'une part, la servitude dont s'agit ne pourrait être invoquée, ni dans l'intérêt de l'irrigation [27], ni pour le roulement d'un moulin, dût-il servir à l'approvisionnement d'une commune [28].

Ainsi, d'autre part, il ne suffit pas, pour autoriser une communauté d'habitants à se prévaloir de l'art. 643, que l'usage des eaux de la source soit plus agréable ou plus commode que l'emploi de

[24] Demolombe, XI, 89.

[25] L'art. 643 suppose une source formant un cours d'eau, et ne peut, par conséquent, s'appliquer à des eaux stagnantes. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1391. Daviel, III, 825. Marcadé, sur l'art. 643, n° 1. Demolombe, XI, 91. Poitiers, 26 janvier 1825, Sir., 25, 2, 347. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 383 ; Toullier, III, 134 ; Pardessus, I, 138 ; Duranton, V, 191 ; Taulier, II, p. 366 ; Civ. rej., 3 juillet 1822, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Servitudes, XII, p. 17, n° 27.

[26] Pardessus, I, 138. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, XI, 93. Colmar, 5 mai 1809, Sir., 10, 2, 61. Voy. cep. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1386.

[27] Pardessus, I, 138. Demolombe, XI, 95.

[28] Proudhon, *op. et loc. citt.* Daviel, III, 789. Demolombe, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Toullier, III, 134 ; Pardessus, *loc. cit.* ; Garnier, III, 745.

celles dont elle peut disposer [29], ou que ces eaux lui offrent, à raison de leur vertu curative, des avantages particuliers [30].

Mais il y a *nécessité*, dans le sens de l'article précité, par cela seul qu'il n'existe pas sur les lieux d'autres eaux à la disposition des habitants; et le propriétaire de la source ne serait pas fondé à exciper de la possibilité pour ces derniers de se procurer, au moyen du creusement de puits, l'eau qui leur est indispensable [31].

Du reste, la disposition de l'art. 643 ne forme pas obstacle à l'exercice du droit qui appartient à tout propriétaire d'un fonds, d'y faire des fouilles [32], lors même que le résultat en serait de détourner les eaux souterraines alimentant une fontaine nécessaire à une commune [33]. D'un autre côté, la servitude établie par cet article n'emporte point celle de passage pour accéder à la source [34].

Le propriétaire d'une source sur laquelle une communauté d'habitants prétend exercer la servitude établie par l'art. 643, est fondé à réclamer une indemnité. Elle doit être évaluée, non d'après les avantages que la communauté retire des eaux, mais seulement eu égard au préjudice qu'éprouve le propriétaire de la source, en se trouvant privé de la faculté d'en disposer librement [35].

L'action en indemnité s'éteint par la prescription. Cette prescription, quoique purement extinctive [36], suppose cependant que la communauté d'habitants a, pendant trente années, joui des eaux de la source à titre de servitude légale, c'est-à-dire comme étant nécessaires à ses besoins. Mais le cours de la prescription n'est

[29] Toullier, III, 134. Pardessus, *loc. cit.* Favard, *Rép.*, v° Servitude, sect. I, n° 8. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, XI, 94. Orléans, 23 août 1856, Sir., 62, 1, 366, à la note. Colmar, 26 novembre 1857, Sir., 58, 2, 343. Civ. rej., 4 mars 1862, Sir., 62, 1, 366.

[30] Demolombe, XI, 95. Cpr. Civ. cass., 4 décembre 1849, Sir., 50, 1, 33.

[31] Proudhon, *op. cit.*, IV, 1387. Civ. rej., 4 mars 1862, Sir., 62, 1, 366.

[32] Cpr. § 191, texte n° 1 et note 4 : § 194, texte et note 18.

[33] Pardessus, *loc. cit.* Daviel, III, 894. Garnier, III, 471. Solon, n° 43. Demolombe, XI, 92. Civ. rej., 29 novembre 1830, Sir., 31, 1, 110. Grenoble, 5 mai 1834, Sir., 34, 2, 401. Voy. en sens contraire : Proudhon, *op. cit.*, V, 1547.

[34] Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 269. Daviel, III, 790. Demolombe, XI, 96. Voy. en sens contraire : Proudhon, *op. cit.*, IV, 1381.

[35] Pardessus, *loc. cit.* Proudhon, *op. cit.*, IV, 1390. Demolombe, XI, 97.

[36] Cpr. § 210, texte et note 4. En disant : *Si les habitants n'en ont pas prescrit l'usage*, l'art. 643 ne s'explique pas d'une manière exacte, puisqu'il ne peut être question d'acquérir par prescription un droit d'usage concédé par la loi elle-même. Demolombe, XI, 98.

point dans cette hypothèse, comme dans celle dont s'occupe l'art. 642, subordonné à l'existence de travaux apparents [37].

§ 245.

2. *Des eaux pluviales.*

a. Des eaux pluviales tombant sur un terrain privé.

Ces eaux appartiennent par droit d'accession, et indépendamment de tout fait d'occupation, au propriétaire du terrain sur lequel elles tombent. Il peut en disposer à son gré, soit en les retenant dans son fonds, soit en les cédant à des tiers, soit enfin en les laissant couler sur les fonds inférieurs suivant la pente naturelle du terrain [1].

Ce droit absolu de disposition peut être modifié, comme celui du propriétaire d'une source, par un titre, par la destination du père de famille, ou par la prescription trentenaire [2].

Tout ce qui a été dit au paragraphe précédent, sur les conditions requises pour l'accomplissement de la prescription, et sur les rapports que la destination du père du famille ou la prescription établissent entre le propriétaire de la source et celui du fonds inférieur, doit également recevoir application dans la matière qui nous occupe actuellement.

Mais il en est autrement des règles exposées au même paragraphe quant aux rapports du propriétaire du fonds inférieur à celui où jaillit la source avec les propriétaires de fonds plus éloignés. Si les eaux d'une source formant la tête d'un cours d'eau ne peuvent être détournées, au préjudice des propriétaires dont elles traversent ou bordent les héritages, par celui qui n'a acquis sur cette source qu'un simple droit usage, les eaux pluviales, au contraire, sont à la complète disposition de celui qui, par titre, par

[37] Maleville, sur l'art. 643. Pardessus, *loc. cit.* Duranton, V, 189. Taulier, II p. 366. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 269. Demante, *Cours*, II, 494 *bis* II. Daviel, III, 788. Demolombe, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Proudhon *op. cit.*, IV, 1388 et 1389.

[1] Delvincourt, I, p. 380. Pardessus, I, 79. Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1330. Solon, n° 46. Demolombe, XI, 105.

[2] Pardessus, I, 103. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1331 et 1332. Daviel, III, 797 et 798. Troplong, *De la prescription*, I, 148. Marcadé, sur l'art. 642, n° 5. Demante, *Cours*, II, 495 *bis* I. Demolombe, XI, 109. Cpr. Civ. cass., 19 juin 1810, Sir., 11, 1, 164. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 158.

destination du père de famille, ou par prescription, a acquis le droit de les utiliser; il est donc autorisé à les détourner, ou à les céder à des tiers, sans que les propriétaires des fonds inférieurs puissent s'y opposer. Il y a mieux, ce droit de disposition lui appartient par l'effet de la simple occupation, quant aux eaux pluviales qu'il a reçues d'un fonds supérieur, sans d'ailleurs avoir acquis, à l'encontre du propriétaire de ce fonds, un droit quelconque sur ces eaux [3].

b. Des eaux pluviales tombant ou coulant sur une voie publique.

Ces eaux rentrent dans la classe des *res nullius*, et deviennent comme telles la propriété du premier occupant [4].

Ce droit d'occupation toutefois ne peut plus être exercé, lorsque le gouvernement ou l'administration, soit départementale, soit communale, a concédé à un particulier l'usage exclusif des eaux tombant ou coulant sur une route impériale ou départementale, ou sur un chemin vicinal [5].

L'application du principe ci-dessus posé aux rapports des propriétaires riverains d'une voie publique, conduit à reconnaître que chacun d'eux a le droit de s'emparer des eaux pluviales qui y tombent ou qui y coulent, sans qu'un propriétaire inférieur qui les aurait antérieurement dérivées sur son fonds, même à l'aide de travaux apparents, puisse opposer au propriétaire supérieur qui voudrait se les approprier, soit un prétendu droit de préoccupation, soit même une jouissance trentenaire, soit enfin l'art. 644, dont les dispositions ne concernent que les cours d'eau proprement dits [6].

[3] Demolombe, XI, 105.

[4] Duvergier, sur Toullier, III, 132, note *a*. Pardessus, I, 79. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1318, 1233 et 1334. Duranton, V, 159. Troplong, *op. cit.*, I, 147. Marcadé, sur l'art. 642, nº 4. Demolombe, XI, 115 et 116.

[5] En effet, l'État, les départements et les communes sont autorisés à retirer des voies publiques, dont l'entretien est à leur charge, tous les avantages qu'il est possible d'en recueillir sans porter atteinte à leur destination. Cpr. § 169, texte et note 2. Pardessus, I, 79. Proudhon, *op. cit.*, 1336 à 1338. Daviel, III, 802. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 159 ; Devilleneuve, Sir., 41, 2, 1, à la note ; Demolombe, XI, 116.

[6] Voy. en ce sens, outre les auteurs cités à la note 4 *supra* : Civ. rej., 14 janvier 1823, Sir., 23, 1, 173 ; Req. rej., 21 juillet 1825, Sir., 26, 1, 407 ; Rennes, 10 février 1826, Sir., 28, 2, 74 ; Limoges, 22 janvier 1839, Sir., 39, 2, 284 ; Limoges, 14 juillet 1840, Sir., 41, 2, 1. Cpr. aussi § 246, texte et note 1re.

Toutefois, les eaux pluviales dont s'agit sont susceptibles de former, entre les riverains de la voie publique, l'objet de conventions valables. C'est ainsi que le propriétaire supérieur peut renoncer à se servir de ces eaux, pour les laisser en totalité au propriétaire inférieur. Une pareille renonciation est obligatoire, non-seulement pour celui qui l'a consentie et ses successeurs universels, mais même pour ses successeurs particuliers, comme emportant constitution d'une véritable servitude à la charge du fonds supérieur [7].

Cette servitude peut aussi s'établir par la destination du père de famille [8], et même par la prescription trentenaire. Mais la prescription ne s'accomplit en pareil cas qu'autant que celui qui l'invoque a établi, sur le fonds du propriétaire contre lequel il s'en prévaut, des travaux apparents à l'aide desquels il recueille les eaux, comme aurait pu le faire ce dernier, sur le bord de la voie publique où elles coulent [9].

Les eaux pluviales provenant d'une voie publique cessent d'être *res nullius*, dès qu'elles ont été amenées dans un fonds privé. En cet état, elles sont assimilables aux eaux de source; et la solution affirmative de la question de savoir si les propriétaires inférieurs

[7] Caen, 22 février 1856, Sir., 57, 2, 204.

[8] Duranton, V, 160. Civ. rej., 21 juillet 1845, Sir., 46, 1, 33. Req. rej., 9 avril 1856, Sir., 56, 1, 399. Voy. en sens contraire : Troplong, *op. cit.*, I, 147 ; Colmar, 26 mai 1831, Sir., 46, 1, 33, à la note.

[9] On dit ordinairement que les eaux pluviales coulant sur une voie publique, sont imprescriptibles. Le principe est exact en ce sens que le propriétaire inférieur, qui a dérivé ces eaux par des travaux faits sur son fonds, ne peut pas plus opposer au propriétaire supérieur qui voudrait s'en emparer, la prescription trentenaire, qu'il ne pourrait se prévaloir contre lui d'une simple préoccupation ; et c'est là ce qu'ont décidé les arrêts cités à la note 6 *supra*. Mais l'hypothèse dont il s'agit actuellement est toute différente, et soulève la question de savoir si, à l'aide de travaux exécutés sur un fonds appartenant à autrui et longeant une voie publique, on peut acquérir par prescription, à l'encontre du propriétaire de ce fonds, le droit de recueillir les eaux pluviales coulant sur cette voie. Or la question posée en ces termes nous paraît devoir être résolue affirmativement, dès que l'on admet qu'un pareil droit peut être acquis par convention. Req. rej., 16 mars 1853, Sir., 53, 1, 621. Voy. en sens contraire : Troplong, *op. cit.*, I, 147. Cpr. Limoges, 22 janvier 1839, Sir., 39, 2, 284 ; Limoges, 14 juillet 1840, Sir., 41, 2, 1. Ces arrêts, sainement entendus, ne sont nullement contraires à notre manière de voir. Dans l'espèce du premier, les travaux n'avaient pas été établis sur le fonds du propriétaire supérieur, contre lequel la prescription était invoquée. Le second a rejeté la prescription par le double motif que les travaux dont on se prévalait, ne se prolongeaient pas jusqu'à la voie publique, et qu'ils n'avaient été établis qu'à la faveur d'une simple tolérance.

peuvent, par titre, par destination du père de famille, ou par prescription, acquérir un droit sur ces eaux, ne présente plus aucune difficulté [10].

Il est, du reste, bien entendu que les droits acquis, à l'encontre du propriétaire de tel ou tel fonds, sur des eaux pluviales à l'état, soit de *res nullius*, soit de propriété privée, ne sont point opposables aux autres riverains de la voie publique, qui conservent toujours la faculté de les dériver [11].

§ 246.

3. *Des eaux courantes.*

1° Les eaux auxquelles s'appliquent les art. 644 et 645 sont, à l'exclusion de toutes autres, les cours d'eaux naturels qui ne forment pas des dépendances du domaine public. Les dispositions de ces articles sont donc étrangères aux eaux pluviales [1], et à celles des lacs, étangs [2], ou réservoirs [3]. Elles ne concernent pas davantage les rivières navigables ou flottables avec bâteaux, trains ou radeaux [4], ni les canaux artificiels appartenant, soit à l'État, soit à des particuliers [5].

[10] Demolombe, XI, 117.

[11] Cpr. cep. Limoges, 1er décembre 1840, Sir., 41, 2, 170.

[1] Il en est ainsi, alors même que les eaux pluviales ont été réunies dans un canal. Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1330. Demante, *Cours*, II, 495 *bis* I. Demolombe, XI, 106 et 121. Civ. rej., 14 janvier 1823, Sir., 23, 1, 173. Caen, 26 février 1844, Sir., 44, 2, 335. Voy. en sens contraire : Garnier, III, 717.

[2] L'art. 644 reste sans application aux eaux dérivées d'un étang, alors même qu'elles sont conduites au lieu où elles doivent être utilisées, par le lit desséché d'une ancienne rivière. Req. rej., 21 juin 1859, Sir., 59, 1, 661. Mais il en serait autrement des eaux sortant d'un étang alimenté par un cours d'eau naturel. Civ. rej., 20 février 1839, Sir., 39, 1, 414.

[3] Proudhon, *op. cit.*, IV, 1422. Marcadé, sur l'art. 644, n° 1. Daviel, III, 825. Demolombe, XI, 122.

[4] Cpr. § 169, texte et note 3.

[5] Delvincourt, I, p. 380. Duranton, V, 236 à 238. Pardessus, I, 111. Marcadé, sur l'art. 644, n° 1. Demante, *Cours*, II, 495 *bis* II. Demolombe, XI, 127. Colmar, 12 juillet 1812, Sir., 14, 2, 6. Civ. rej., 28 novembre 1815, Sir., 16, 1, 374. Civ. cass., 9 décembre 1818, Sir., 19, 1, 168. Civ. cass., 17 mars 1840, Sir., 40, 1, 472. Bordeaux, 2 juin 1840, Sir., 40, 2, 355. Req. rej., 15 avril 1845, Sir., 45, 1, 585. — Voy. sur ce qu'il faut entendre par canal artificiel ou creusé de main d'homme : Civ. rej., 7 août 1839, Sir., 39, 1, 860 ; Civ. rej., 25 avril 1854, Sir., 54, 1, 458.

Les droits d'usage mentionnés en l'art. 644 ne sont accordés qu'aux riverains, c'est-à-dire aux propriétaires de fonds contigus au cours d'eau. Ainsi, ils ne peuvent être réclamés par celui dont l'héritage est séparé du cours d'eau par un chemin public, ou par un chemin privé appartenant à un tiers [6].

Pour résoudre la question de savoir ce qu'il faut entendre par *fonds riverains*, on doit s'attacher à l'état des lieux tel qu'il existe au moment où est formée la réclamation tendant à l'usage des eaux. Ainsi, lorsque le propriétaire d'un fonds riverain l'a augmenté par de nouvelles acquisitions, ou que le propriétaire d'un fonds séparé du cours d'eau en a opéré la jonction avec un fonds qui y touche, le droit à l'usage des eaux peut être réclamé pour l'ensemble des héritages ainsi réunis en un seul [7].

Que si le propriétaire d'un fonds riverain en avait aliéné une partie, l'acquéreur et le vendeur jouiraient en concurrence du droit à l'usage des eaux, à supposer que ce droit eût fait l'objet d'une clause expresse, ou qu'il dût être considéré comme tacitement concédé ou réservé, par suite de l'existence de travaux destinés à en faciliter l'exercice pour l'héritage tout entier [8]. La même solution s'appliquerait au cas de la division d'un fonds riverain par l'effet d'un partage.

Les droits d'usage que l'art. 644 accorde sur les eaux courantes aux propriétaires riverains, sont plus ou moins étendus, suivant qu'il s'agit de fonds traversés ou simplement bordés par ces eaux.

2° Celui dont le fonds est traversé par une eau courante, peut s'en servir, non-seulement pour l'irrigation, mais encore pour

[6] Duranton, V, 209. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1421. Daviel, II, 598. Garnier, III, 771. Demolombe, XI, 139. Toulouse, 26 novembre 1832, Sir., 33, 2, 572. Bordeaux, 2 juin 1840, Sir., 40, 2, 355. Angers, 28 janvier 1847, Sir., 47, 2, 256.

[7] Daviel, II, 587. Bertin, *Code des irrigations*, nos 70 à 74. Demolombe, XI, 152. Limoges, 9 août 1838, Dalloz, 1839, 2, 37. Voy. en sens contraire : Duranton, V, 235 ; Proudhon, *op. cit.*, IV, 1426 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 271.

[8] Daviel, II, 590, et III, 770. Proudhon, IV, 1259. Demolombe, XI, 153 et 154. Cpr. cep. Pardessus, I, 106 ; Bertin, *op. cit.*, n° 78. Suivant ces auteurs, la solution donnée au texte ne serait exacte qu'au point de vue des relations des parties entre elles, et ne devrait plus être admise dans les rapports de ces dernières avec les autres riverains. Mais nous ne comprendrions pas que la position de ceux-ci pût se trouver améliorée par l'effet de la division d'un fonds qui jouissait pour toutes ses parties des droits conférés par l'art. 644.

tous autres usages d'utilité ou d'agrément [9]. A cet effet, il est non-seulement autorisé à y faire des prises d'eau à l'aide de saignées et de barrages, mais encore à la détourner en totalité dans l'intervalle qu'elle traverse sur son fonds, à charge de la rendre à son cours ordinaire à la sortie de ce fonds, c'est-à-dire à l'endroit où il cesse d'être propriétaire des deux rives ou de l'une d'elles seulement [10]. Art. 644, al. 2.

Cette restriction, apportée à l'exercice de son droit, conduit à reconnaître que, si ce droit est plus étendu que celui du riverain d'un seul côté [11], il ne l'autorise cependant pas à absorber complétement les eaux, au détriment des riverains inférieurs, de ceux-là même dont elles bordent simplement la propriété [12].

D'un autre côté, le propriétaire dont le fonds est traversé par un cours d'eau, ne peut, même sur ce fonds, en changer la direction au préjudice des besoins d'une communauté d'habitants [13].

3° Celui dont le fonds est simplement bordé par une eau courante, peut s'en servir à son passage, c'est-à-dire sans en détourner le cours [14], pour l'irrigation *de ses propriétés*. Par ces termes, dont se sert l'art. 644, on doit entendre, non-seulement le fonds rive-

[9] Duranton, V, 225. Garnier, II, 78. Demolombe, XI, 163 et 164. Bourges, 11 juin 1828, Dalloz, 1831, 2, 168. Voy. en sens contraire: Proudhon, *op. cit.*, IV, 1427. Suivant cet auteur, le propriétaire d'un fonds traversé par une eau courante ne pourrait en user que pour l'irrigation. Mais cette opinion est contraire au texte formel de l'art. 644, et à la distinction qu'il établit entre les droits du propriétaire des deux rives et ceux du propriétaire de l'une des rives seulement.

[10] Proudhon, IV. 1429. Demolombe, XI, 167.

[11] Demante, *Cours*, II, 495 *bis* V. Demolombe, XI, 166. Req. rej., 15 juillet 1807, Sir., 7, 1, 470. Paris, 19 mars 1838, Dalloz, 1839, 2, 148. Req. rej., 8 juillet 1846, Sir., 47, 1, 799.

[12] Cette conclusion ressort, d'une manière plus évidente encore, de la suppression des mots *à sa volonté*, qui figuraient dans la rédaction primitive de l'art. 644, à la suite des termes *peut en user*. Locré, *Lég.*, VIII, p. 322 et 323, art. 6; p. 340 à 342, nos 9 et 10; p. 348, art. 9. Duranton, V, 218. Pardessus, I, 106. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, p. 180. Daviel, II, 584. Req. rej., 7 avril 1807, Sir., 7, 1, 183. Caen, 19 août 1837, Sir.. 38, 2, 25. Civ. cass., 21 août 1844, Sir., 44, 1, 737. Civ. cass., 4 décembre 1861, Sir., 62, 1, 161. Civ. cass., 17 décembre 1861, Sir., 62, 1, 165. Chambéry, 27 mars 1863, *Journal de Grenoble et de Chambéry*, 1863, p. 60. Voy. cep. Bourges, 18 juillet 1826, Sir., 27, 2, 240; Bourges, 7 avril 1837, Sir., 37, 2, 319.

[13] Arg. *a fortiori*, art. 643. Demolombe, XI, 92 *bis*. Nancy, 29 avril 1842, Sir., 42, 2, 486. Req. rej., 15 janvier 1849, Sir., 49, 1, 329.

[14] Cpr. Besançon, 27 novembre 1844, Sir., 46, 2, 11.

rain lui-même, mais encore les héritages plus éloignés appartenant au propriétaire de ce fonds [15].

Le droit d'usage dont il s'agit n'étant accordé au riverain d'un seul côté que pour l'irrigation, ce dernier ne peut, en principe et à titre de droit, faire des prises d'eau destinées à d'autres usages d'utilité professionnelle ou d'agrément. Si un pareil emploi des eaux devait avoir pour résultat de priver le riverain de l'autre côté ou les riverains inférieurs d'une partie de l'eau nécessaire à l'irrigation de leurs propriétés, ils seraient fondés à s'y opposer [16].

Le riverain d'un seul côté peut, comme celui dont l'héritage est traversé par une eau courante, faire des prises d'eau, non-seulement au moyen de rigoles et de saignées, mais même à l'aide de barrages [17], à cette seule différence près qu'il n'est pas autorisé à les prolonger jusqu'à la rive opposée, à moins d'avoir volontairement ou judiciairement obtenu le droit d'appui sur cette rive [18].

Quoique la loi n'impose pas au riverain d'un seul côté l'obligation de restituer le superflu des eaux qu'il a dérivées pour les besoins de l'irrigation, il n'a cependant pas le droit de disposer de ce superflu, soit en le retenant pour l'employer à d'autres usages, soit en le concédant à des tiers [19]. Mais aussi n'est-il pas de plein droit tenu de faire exécuter à ses frais les travaux nécessaires pour ramener le superflu des eaux dans le ruisseau ou dans la rivière d'où elles ont été dérivées, sauf aux tribunaux à prescrire,

[15] Voy. pour la justification de cette proposition, qui n'est plus guère contestable depuis la loi du 29 avril 1845 : § 241, texte et note 7. La seule difficulté qui puisse encore s'élever est de savoir, quel est le volume d'eau que le propriétaire riverain est en droit de réclamer dans l'hypothèse prévue au texte. Cpr. en sens divers sur ce point : Civ. rej., 8 novembre 1854, Sir., 55, 1, 49 ; Lyon, 15 novembre 1854, Sir., 55, 2, 78 ; Colmar, 9 avril 1861, Sir., 61, 2, 457.

[16] Cpr. Duranton, V, 225 et 227 ; Proudhon, *op. cit.*, IV, 1425 et 1427 ; Garnier, II, 83 ; Daviel, II, 626 ; Demante, *Cours*, II, 495 ; Demolombe, XI, 156.

[17] Req. rej., 25 novembre 1857, Sir., 58, 1, 455.

[18] C'était autrefois une question controversée que celle de savoir si le propriétaire de l'une des rives pouvait appuyer son barrage sur la rive opposée, sans le consentement du propriétaire de cette rive. Voy. pour l'affirmative : Delvincourt, I, p. 380 ; Pardessus, I, 105. Voy. pour la négative : Duranton, V, 213 ; Daviel, II, 596 ; Metz, 28 avril 1824, Sir., 25, 2, 266 ; Rouen, 6 mai 1828, Sir., 28, 2, 347 ; Req. rej., 12 mai 1840, Sir., 40, 1, 696 ; Besançon, 27 novembre 1844, Sir., 46, 2, 11. Cette dernière solution a évidemment servi de base à la loi du 11 juillet 1847, suivant laquelle le propriétaire de l'une des rives ne peut obtenir, qu'à la charge d'indemnité, la faculté d'appuyer sur la rive opposée les ouvrages d'art nécessaires à la prise d'eau. Cpr. § 241, texte n° 3.

[19] Daviel, II, 588. Demante, *Cours*, II, 495 *bis* IV. Demolombe, XI, 155.

en conformité de l'art. 645, les mesures nécessaires pour obtenir ce résultat.

4° A côté des règles spéciales à chacune des situations que prévoit l'art.644, il en est d'autres qui leur sont communes, et qui s'appliquent sans distinction à tous les riverains, que leurs fonds soient traversés ou simplement bordés par le cours d'eau.

a. Les propriétaires riverains d'une eau courante, autorisés en cette qualité à en dériver une partie pour l'irrigation, peuvent concéder à des tiers, même non riverains, le droit de prise d'eau, tel qu'il leur appartient [20].

b. Les riverains ou leurs concessionnaires ne peuvent rien faire qui soit de nature à causer aux autres riverains un dommage injuste. Ainsi, il leur est interdit d'établir des ouvrages qui auraient pour résultat de faire refluer les eaux sur les fonds voisins, ou d'en occasionner l'infiltration dans ces fonds [21]. Il leur est également interdit de se servir des eaux de manière à les altérer ou à les corrompre au préjudice des riverains inférieurs [22].

c. Les riverains ou leurs concessionnaires ne peuvent pas davantage établir sur le cours d'eau des ouvrages dont le résultat serait de modifier l'écoulement naturel des eaux au détriment d'une usine régulièrement établie. C'est ainsi qu'il leur est interdit de les retenir au moyen de réservoirs, pendant des intervalles plus ou moins longs, et d'en rendre ainsi le cours intermittent au préjudice des usines situées en aval [23]. C'est ainsi encore qu'un riverain, bien qu'il soit en principe autorisé à construire un barrage pour élever les eaux au niveau de son fonds, ne peut cependant user de cette faculté au détriment d'une usine établie en amont, sous les roues de laquelle il ferait refluer les eaux [24].

d. Les droits respectifs d'usage, tels que l'art. 644 les accorde aux riverains d'un cours d'eau, peuvent être modifiés par l'effet, soit d'une convention expresse ou tacite, soit de la prescription [25].

[20] Voy. pour la justification de cette proposition : § 241, texte et note 7.

[21] Civ. cass., 26 mars 1844, Sir., 44, 1, 478.

[22] Pardessus, I, 91. Demolombe, XI, 170. Douai, 3 mars 1845, Sir., 45, 2, 337. Req. rej., 9 janvier 1856, Sir., 56, 1, 27. Civ. rej., 27 avril 1857, Sir., 57, 1, 817.

[23] Daviel, II, 631. Demolombe, XI, 168. Caen, 19 août 1837, Sir., 38, 2, 25. Req. rej., 12 février 1845, Sir., 45, 1, 596. Req. rej., 3 août 1852, Sir., 52, 1, 652.

[24] Civ. cass., 18 avril 1838, Sir., 38, 1, 547. Req. rej., 8 décembre 1841, Sir., 42, 1, 970. Civ. cass., 15 février 1860, Sir., 61, 1, 56.

[25] Demolombe, XI, 175.

La convention par laquelle l'un des riverains renonce, au profit d'un autre, à tout ou partie des droits d'usage qui lui compètent d'après l'art. 644, est opposable à tous les riverains, pour autant qu'elle ne restreint pas leurs propres droits. Elle est en outre obligatoire pour les successeurs, même à titre particulier, de celui qui a consenti une pareille renonciation [26].

Le droit d'usage concédé par l'art. 644 est, comme toute autre faculté légale, imprescriptible en ce sens qu'il ne se perd pas par le non-usage; et cela, dans le cas même où, par suite de l'abstention de l'un des riverains, les autres riverains ont joui des eaux dans une mesure plus étendue que celle à laquelle ils auraient pu prétendre, s'il avait de son côté exercé son droit [27].

Mais le droit d'usage dont s'agit étant, malgré son caractère purement facultatif, susceptible de former l'objet d'une renonciation conventionnelle, ce caractère ne s'oppose pas davantage à ce que ce droit puisse s'éteindre par la prescription trentenaire, à supposer qu'une contradiction suffisante pour mettre le riverain auquel il compète en demeure de le faire valoir, ait été suivie pendant trente ans de l'inaction de celui-ci. Cette contradiction peut, suivant les circonstances, résulter, soit du seul établissement de certains travaux exécutés sur le cours d'eau, soit d'actes judiciaires ou extra-judiciaires faits à la requête de l'auteur de pareils travaux [28].

Des travaux apparents et permanents, tels qu'un fossé, un barrage, une écluse, à l'aide desquels l'un des riverains a détourné, au préjudice des riverains inférieurs, un volume d'eau plus considérable que celui auquel il pouvait prétendre en vertu de l'art. 644, ayant pour résultat de placer ces derniers dans l'impossibilité d'user des eaux ainsi détournées, constitue à leur égard une contradiction suffisante pour leur faire perdre, par la prescription, le droit d'en réclamer ultérieurement l'usage [29].

[26] Cpr. Req. rej., 18 novembre 1845, Sir., 46, 1, 74; Caen, 22 février 1857, Sir., 57, 2, 204.

[27] Art. 2232. Duranton, V, 224. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1435. Pardessus, I, 21, 110 et 116. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 406. Troplong, *De la prescription*, I, 112 et suiv. Daviel, II, 581 et suiv. Demolombe, XI, 177. Grenoble, 17 juillet 1830, Sir., 31, 2, 81. Grenoble, 24 novembre 1843, Sir., 44, 2, 486. Lyon, 15 novembre 1854, Sir., 55, 2, 78. Civ. cass., 23 novembre 1858, Sir., 59, 1, 682. Pau, 27 mai 1861, Sir., 61, 2, 624.

[28] Il n'est pas nécessaire que les travaux auxquels se rattache la contradiction, aient été exécutés sur le fonds de celui contre lequel la prescription est invoquée. Cpr. § 185, note 47. Pau, 27 mai 1861, Sir., 61, 2, 624.

[29] Vazeille, *op. et loc. citt.* Demolombe, XI, 179. Req. rej., 4 avril 1842, Sir.,

Il en est autrement quant aux riverains supérieurs, que des travaux quelconques faits en aval ne placent pas dans l'impossibilité d'user des eaux en amont. A leur égard, l'établissement de travaux exécutés par un riverain inférieur est donc à lui seul insuffisant pour les mettre en demeure de faire valoir leurs droits; ce résultat ne peut être atteint qu'au moyen d'actes judiciaires ou extra-judiciaires, par lesquels l'auteur des travaux déclare formellement s'opposer à l'exercice de ces droits. C'est ce qui a lieu dans le cas où ce dernier, troublé dans sa jouissance par l'entreprise d'un riverain supérieur, s'y est fait maintenir au possessoire, et même dans celui où il se serait borné à lui faire défense formelle, par acte extra-judiciaire, de renouveler son entreprise. Si donc le riverain supérieur a, depuis une telle contradiction, laissé passer trente années sans faire reconnaître son droit en justice, ou sans l'exercer matériellement, la prescription est acquise contre lui [30]. Mais une protestation simplement éventuelle, notifiée aux propriétaires supérieurs, contre tout exercice de leurs droits, serait inefficace pour opérer contradiction, alors même qu'elle émanerait d'un riverain inférieur qui aurait établi une usine sur le cours d'eau, ou qui aurait pratiqué une prise d'eau permanente.

Du reste, la prescription peut, sous les conditions qui viennent d'être indiquées, s'accomplir tout aussi bien au profit de tiers non riverains qu'au profit de riverains [31].

Elle peut même être invoquée comme ayant dérogé au mode de jouissance établi par un règlement administratif, à supposer, bien entendu, que cette dérogation ne porte atteinte, ni aux droits des tiers, ni à l'intérêt général [32].

e. Les droits d'usage conférés par l'art. 644 ne peuvent être exercés au détriment de concessions faites, avant 1789, à des particuliers, riverains ou non, par le souverain, ou par d'anciens seigneurs, investis en cette qualité de la libre disposition des eaux

42, 1, 308. Req. rej., 26 février 1844, Sir., 44, 1, 779. Colmar, 15 novembre 1859, Sir., 60, 2, 191. Pau, 27 mai 1861, Sir., 61, 2, 624. Req. rej., 3 juin 1861, Sir., 62, 1, 383. Cpr. Req. rej., 27 février 1854, Sir., 55, 1, 92.

[30] Duranton, V, 224. Proudhon, *op. et loc. citt.* Voy. aussi Civ. cass., 23 novembre 1858, Sir., 59, 1, 682. Cpr. cep. Demolombe, XI, 180.

[31] Proudhon, *op. cit.*, IV, 1434. Bourges, 7 août 1835, Sir., 37, 1, 493. Req. rej., 26 février 1844, Sir., 44, 1, 779. Cpr. Lyon, 13 décembre 1854, Sir., 56, 2, 41.

[32] Demolombe, XI, 183. Cpr. cep. Paris, 8 août 1836, Sir., 36, 2, 467; Paris, 30 avril 1844, Sir., 44, 2, 484.

courantes comprises dans leurs seigneuries [33]. On doit même, en l'absence de toute production de titre, considérer comme établies en vertu de concessions de ce genre, les usines dont l'existence remonterait à plus de trente ans antérieurement à 1789 [34].

Quant aux concessions faites et aux autorisations données, depuis 1789, par l'autorité administrative, soit pour l'établissement d'usines, soit pour la dérivation des eaux, elles sont bien opposables aux riverains, en ce sens qu'ils ne peuvent réclamer la suppression des ouvrages établis en vertu de pareilles autorisations ou concessions ; mais, tout en modifiant ainsi l'exercice des droits qu'ils tiennent de l'art. 644, elles ne les en privent cependant pas, et leur laissent la faculté de les faire valoir par voie de demande en dommages-intérêts [35].

[33] La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître que les lois abolitives de la féodalité n'ont pas frappé d'inefficacité les concessions de cette nature faites à des particuliers non seigneurs, et que, d'un autre côté, l'art. 644 n'a porté aucune atteinte aux droits acquis en vertu de pareilles concessions. Favard, *Rép.*, v° Servitude, sect. II, § 1, n° 16. Pardessus, 1, 95. Duranton, V, 228. Daviel, II, 602 et 603. Demolombe, XI, 159. Req. rej., 23 ventôse an X, Sir., 2, 2, 416. Grenoble, 17 juillet 1830, Sir., 31, 2, 81. Req. rej., 19 juillet 1830, Sir., 34, 1, 618, à la note. Req. rej., 10 avril 1838, Sir., 38, 1, 842. Civ. rej., 9 août 1843, Sir., 44, 1, 6. Bordeaux, 13 juin 1849, Sir., 49, 2, 544. Décrets en Conseil d'État des 22 et 29 novembre 1851, Sir., 52, 2, 157 et 159. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Cours d'eau, § 1. Voy. aussi Proudhon, *op. cit.*, III, 1052 à 1054. Toutefois la Cour de cassation a décidé que lorsqu'il s'agit de moulins, qui, construits par d'anciens seigneurs, sont restés en leur possession ou dans celle de leurs représentants jusqu'aux lois abolitives de la féodalité, l'existence ancienne de ces moulins ne forme point un titre opposable aux autres riverains, et ne les empêche pas de réclamer l'application des art. 644 et 645, alors même que depuis l'abolition de la féodalité la propriété en aurait été transmise à des tiers. Civ. cass., 21 juillet 1834, Sir., 34, 1, 615. Cette décision nous paraît parfaitement juridique. La jouissance exclusive des eaux par l'ancien seigneur, propriétaire du moulin, constituait pour lui bien moins un droit privé, qu'un droit seigneurial, qui n'a pu survivre à l'abolition de la féodalité, et qui par conséquent n'était plus susceptible d'être ultérieurement transmis avec la propriété du moulin. Voy. en sens contraire : Pardessus et Demolombe, *locc. citt.*

[34] Pardessus et Duranton, *locc. citt.* Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1162. Cormenin, *Quest. de Droit administratif*, II, p. 369. Daviel, II, 610. Garnier, I, 118. Demolombe, *loc. cit.* Caen, 19 août 1837, Sir., 38, 2, 25. Req. rej., 23 avril 1844, Sir., 44, 1, 712. Ord. en Conseil d'État du 15 mars 1844, Sir., 44, 2, 277.

[35] Ces deux points sont généralement admis aujourd'hui. Proudhon, *op. cit.*, V, 1496. Req. rej., 14 février 1833, Dalloz, 1833, 1, 138. Ord. en Cons. d'État des 18 juillet 1838 et 22 mai 1840, Sir., 44, 2, 88 et 90. Req. rej., 26 janvier

f. Indépendamment des droits d'usage dont il vient d'être parlé, les riverains des cours d'eau naturels non compris dans le domaine public jouissent encore du droit de pêche, et du bénéfice de l'accession sur les îles et îlots qui se forment dans ces cours d'eau [36].

5° Pour terminer l'explication de la matière qui forme l'objet de ce paragraphe, il reste à exposer les règles relatives aux attributions respectives du pouvoir judiciaire et de l'autorité administrative, en ce qui concerne les cours d'eau qui ne sont ni navigables ni flottables.

a. Les contestations qui peuvent s'élever relativement à l'usage des eaux courantes, sont de la compétence exclusive des tribunaux, lorsque, n'ayant pour objet que l'existence, l'étendue, ou le mode d'exercice des droits des parties, elles n'engagent aucune question de police des eaux, et se renferment ainsi dans l'appréciation d'intérêts privés [37].

Les tribunaux saisis d'une demande de cette nature ne peuvent, sous un prétexte quelconque, refuser de dire droit aux parties en cause [38]. Ainsi, lorsqu'un usinier provoque la destruction d'un barrage, construit sans autorisation par un riverain inférieur, comme faisant refluer les eaux d'une manière préjudiciable au mouvement de son usine, le juge devant lequel la demande est portée, ne peut refuser d'y statuer, en renvoyant au préalable les parties devant l'autorité administrative, pour faire fixer la hau-

1841, Sir., 41, 1, 409. Douai, 13 juillet 1855, Sir.. 56, 2, 337. Voy. cep. Demolombe, XI, 193. La seule question délicate que soulèvent les concessions faites par l'autorité administrative sur des cours d'eau qui ne sont ni navigables ni flottables, est de savoir, si les riverains qu'une pareille concession a lésés dans leurs droits d'usage, sont admis à demander, par la voie contentieuse, l'annulation de l'acte administratif qui la renferme, comme entaché d'excès de pouvoir. Cette question a été décidée négativemeat par un décret en Conseil d'État du 1er septembre 1858 (Sir., 59, 2, 455). Nous serions disposés à admettre cette solution, s'il s'agissait de concessions faites dans un intérêt général ou collectif; mais elle nous paraîtrait tout au moins contestable pour celles qui n'auraient eu lieu que dans un intérêt individuel. Cpr. § 241. note 20.

[36] Voy. à cet égard : § 201, texte n° 1, notes 13 et 14 ; § 203, texte, lett. *c*.

[37] Civ. cass., 19 frimaire an VIII, Sir., 1, 1, 271. Déc. en Conseil d'État, 28 novembre 1809, Sir., 10, 2, 73. Req. rej., 30 août 1830, Sir., 31, 1, 42. Caen, 19 août 1837, Sir., 38, 2, 25. Req. rej., 26 juillet 1854, Sir., 55, 1, 52. Req. rej., 16 avril 1856, Sir., 57, 1, 202. Déc. en Cons. d'État, 1er septembre 1858, Sir., 59, 2, 456. Req. rej., 29 juin 1859, Sir., 60, 1, 158. Déc. en Cons. d'État, 20 juillet 1860, Sir., 60, 2. 502. Civ. rej., 15 février 1861, Sir., 61, 1, 56.

[38] Cpr. Civ. cass., 10 avril 1821, Sir., 21, 1, 316.

teur de la retenue d'eau [39]. Ainsi encore, le tribunal, saisi d'une contestation engagée entre deux riverains au sujet de la répartition des eaux, ne peut se dispenser d'y statuer par la raison que le volume d'eau ne serait pas connu, ou que tous les ayants droit ne seraient pas en cause [40].

Lorsqu'il s'agit d'une rivière ou d'un ruisseau alimenté par des affluents, les riverains du cours d'eau principal sont admis à faire régler judiciairement l'usage des eaux, non-seulement à l'encontre des autres riverains de ce cours d'eau, mais encore avec ceux dont les propriétés sont traversées ou bordées par les affluents [41].

Pour la décision des contestations relatives à la répartition des eaux entre les riverains auxquels elles peuvent être utiles, les tribunaux doivent s'attacher à concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété. Art. 645. Il en résulte qu'ils violeraient la loi en rejetant une demande tendant à faire régler l'usage deseaux, par le motif que leur répartition entre tous les intéressés aurait pour résultat de rendre illusoire le droit du propriétaire supérieur contre lequel la demande est formée [42].

Le pouvoir modérateur que l'art. 645 confère aux tribunaux cesse, lorsque la répartition et le mode de jouissance des eaux se trouvent déjà déterminés, soit par des conventions ou des décisions judiciaires intervenues entre tous les intéressés [43], soit par

[39] Voy. en sens contraire : Req. rej., 28 décembre 1830, Sir., 31, 1, 44. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation s'est fondée sur l'art. 16, tit. II, de la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, d'après lequel c'est à l'autorité administrative qu'il appartient de fixer la hauteur à laquelle doivent être tenues les eaux des moulins et autres usines. Mais cette attribution, qui n'est conférée à l'administration qu'en vue de l'utilité publique, ne pouvait apporter aucune restriction à la compétence des tribunaux, dans une contestation qui ne portait que sur des droits et des dommages privés, et ne soulevait aucune question de police des eaux. Nous ajouterons que le jugement qui aurait ordonné la suppression du barrage établi sans autorisation, ne pouvait en rien entraver l'exercice du pouvoir réglementaire de l'administration. Cpr. dans le sens de notre opinion : Civ. cass., 5 mars 1833, Sir., 33, 1, 479.

[40] Il appartient, en effet, aux tribunaux de prescrire toutes les voies d'instruction nécessaires pour déterminer le volume d'eau, et pour le répartir équitablement entre les parties en cause, sans qu'ils aient à se préoccuper des intérêts et des droits des autres riverains qui ne figurent pas dans l'instance. Voy. cep. en sens contraire : Req. rej., 25 novembre 1857, Sir., 58, 1, 455.

[41] Civ. cass., 3 décembre 1846, Sir., 46, 1, 211.

[42] Civ. cass., 4 décembre 1861, Sir., 62, 1, 161. Civ. cass., 17 décembre 1861, Sir., 62, 1, 165.

[43] Req. rej., 8 septembre 1814, Sir., 15, 1, 26. Il en serait autrement s'il s'a-

des règlements locaux, c'est-à-dire par des règlements administratifs établis pour toute l'étendue d'un cours d'eau, ou pour une partie de son parcours [44]. Art. 645.

Mais, dans le cas même où, à raison de l'absence de conventions, décisions, ou règlements de cette nature, il y a lieu, par les tribunaux, de procéder à la répartition des eaux entre les parties en cause, ils ne peuvent faire usage du pouvoir qui leur est conféré par l'art. 645, que sous la condition de respecter les droits acquis à l'usage des eaux, par titre, par destination du père de famille, par prescription, ou par l'effet d'une concession [45].

b. L'autorité administrative est, comme investie de la police de tous les cours d'eau [46], autorisée à prendre, dans un but d'intérêt général, les mesures destinées à faciliter le libre écoulement des eaux, et à prévenir les dommages qu'elles pourraient causer, si elles étaient tenues à une trop grande élévation.

Il suit de là que la fixation de la hauteur des retenues d'eau rentre dans les attributions exclusives de l'administration, et qu'à elle seule il appartient d'autoriser l'établissement sur les cours d'eau, même non navigables ni flottables, d'usines, de barrages, ou d'autres ouvrages destinés à opérer des retenues ou des dérivations d'eau [47]. Les travaux de cette nature faits sans autorisation n'ont aucune existence légale au regard de l'administration, qui reste toujours libre d'en ordonner la suppression sans indemnité [48].

gissait de conventions qui ne fussent pas intervenues entre tous les intéressés, ou qui n'eussent pas réglé entre eux tous la répartition des eaux. Civ. cass., 10 avril 1821, Sir., 21, 1, 316. Civ. cass., 17 décembre 1861, Sir., 62, 1, 165.

[44] Demolombe, XI, 192. Req. rej., 5 avril 1837, Sir., 37, 1, 892. Civ. rej., 19 avril 1841, Sir., 41, 1, 601. — Lorsque les riverains ont joui des eaux suivant un mode déterminé par un usage ancien et constant, cet usage peut faire présumer l'existence d'un règlement et en tenir lieu. Demolombe, XI, 194. Cpr. Civ. rej, 10 décembre 1855, Sir., 56, 1, 241.

[45] Voy. sur l'ensemble de cette proposition : texte nº 3, lett. *d* et *e supra*.

[46] Les lois qui déterminent et règlent les attributions de l'autorité administrative en matière de cours d'eau non navigables ni flottables, sont les suivantes : Loi, en forme d'instruction, des 12-20 août 1790, chap. VI ; Loi sur la police rurale, des 28 septembre-6 octobre 1791, art. 15 et 16 ; Loi du 14 floréal an XI, sur le curage des canaux et rivières non navigables ; Décret du 25 mars 1852, sur la décentralisation administrative, art. 4, et tableau *D*.

[47] Merlin, *Rép.*, vº Moulin, § 7, art. 1er, nº 4 ; et vº Rivière, § 2, nº 2. Garnier, III, 873. Daviel, II, 560. Foucart, *Droit administratif*, III, p. 243 et suiv. Demolombe, XI, 160. Ord. en Cons. d'État, 23 août 1836, Sir., 37, 2, 44.

[48] Daviel, II, 613. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1260, 1261 et 1441. Demolombe,

Mais, en ce qui concerne les rapports d'intérêt privé entre les riverains, de pareils travaux n'en sont pas moins susceptibles de fonder une possession utile, garantie par l'action possessoire, et qui peut même, sous les conditions précédemment indiquées, servir de point de départ à la prescription [49]. D'un autre côté, l'exécution de travaux faits sans autorisation ne constitue une contravention d'après l'art. 471, n° 15, du Code pénal, qu'autant qu'elle a eu lieu au mépris d'un règlement interdisant toute construction non autorisée [50].

L'exécution des règlements faits par l'administration pour la police des eaux doit être assurée par les tribunaux, nonobstant toutes conventions contraires, et sans égard à la plus longue possession [51].

L'administration étant en outre chargée *de diriger les eaux vers un but d'utilité générale, d'après les principes de l'irrigation* [52], il lui appartient également de faire, en vue de l'intérêt général, des règlements destinés à assurer le meilleur mode de jouissance ou de distribution des eaux [53]. En usant de ce pouvoir, et en ce qui concerne spécialement la répartition des eaux entre les divers intéressés, elle doit autant que possible respecter les droits acquis. Mais si elle en avait fait abstraction, le règlement, d'ailleurs régulier en la forme, ne pourrait être attaqué par la voie contentieuse, comme ayant porté atteinte à des droits privés [54].

Dans l'une et dans l'autre hypothèse dont il vient d'être question, les droits acquis par titre ou par prescription continueraient d'ailleurs à produire, entre les parties, ceux de leurs effets qui se-

loc. cit. Ord. en Cons. d'État, 20 mai 1843, Sir., 43, 2, 428. Ord. en Cons. d'État, 15 mars 1844, Sir., 44, 2, 277.

[49] Daviel, II, 541. Proudhon, *op. cit.*, IV, 1452. Troplong, *De la prescription*, I, 146. Demolombe, *loc. cit.* Req. rej., 14 août 1832, Sir. 32, 1, 733. Req. rej., 20 janvier 1845, Sir., 45, 1, 451. Cpr. § 185, texte n° 5 et note 50.

[50] Foucart, *op. cit.*, III, 1452.

[51] Cod. Nap., art. 6, *Juri publico non præscribitur.* Proudhon, *op. cit.*, V, 1521 à 1525. Demolombe, XI, 199. Ord. en Cons. d'État, 7 janvier 1831, Sir., 31, 2, 349.

[52] Les expressions soulignées sont celles dont se sert la loi, sous forme d'instruction, des 12-20 août 1790, citée à la note 46 *supra*.

[53] Daviel, II, 561. Garnier, IV, 1145. Foucart, *op. cit.*, III, 1441. Req. rej., 9 mai 1843, Sir., 43, 1, 769. Crim. cass., 22 janvier 1858, Sir., 58, 1, 402.

[54] Foucart, *op. et loc. citt.* Ord. en Cons. d'État, 23 août 1836, Sir., 37, 2, 43. Déc. en Cons. d'État, 9 février 1854, *Recueil Macarel et Lebon*, 1854, p. 91.

raient compatibles avec les règlements administratifs [55], et pourraient, selon les cas, servir de fondement à une demande en dommages-intérêts, formée par celle des parties dont les droits auraient été méconnus, contre celle dont la position aurait été améliorée par l'effet du règlement [56].

Si l'autorité administrative peut, dans un but de police et d'utilité générale, faire des règlements sur le régime des cours d'eau qui ne sont ni navigables ni flottables, il lui est interdit d'user de ce pouvoir pour statuer sur des réclamations d'un intérêt purement privé; les décisions qu'elle prendrait à cet effet seraient entachées d'excès de pouvoir, et annulables comme telles par la voie contentieuse [57].

II. DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

§ 247.

Notions générales sur les servitudes établies par le fait de l'homme.

1° Tout propriétaire peut, en général, imposer à son héritage, au profit d'un héritage appartenant à un autre propriétaire, telles charges que bon lui semble. Les seules restrictions apportées à l'exercice de cette faculté sont: que ces charges ne présentent rien de contraire à l'ordre public; et que, d'un autre côté, elles ne soient, ni imposées à la personne, ni créées en faveur de la personne. Art. 686.

Il résulte de la dernière de ces restrictions, que la convention par laquelle une personne s'engagerait à certains services ou prestations, fût-ce même pour la conservation ou l'exploitation d'un fonds déterminé, ne serait pas constitutive d'une servitude réelle, et que les effets en seraient régis par les règles relatives au louage d'ouvrage ou de services [1].

[55] Demolombe, XI, 199.

[56] Foucart, *op. et loc. citt.* Ord. en Cons. d'État, 23 août 1836, Sir., 37, 2, 43. Ord. en Cons. d'État, 18 juillet 1838, Sir., 44, 2, 88. Déc. en Cons. d'État, 9 février 1854, *Recueil Macarel et Lebon*, 1854, p. 91. Cpr. texte et note 35 *supra*.

[57] Proudhon, *op. cit.*, V. 1499 à 1503. Cormenin, *Quest. de Droit administratif*, II, p. 41 à 44. Foucart, *op. cit.*, III, 1457. Déc. en Cons. d'État, 14 juin 1852, Sir., 52, 2, 698. Déc. en Cons. d'État, 20 juillet 1860, Sir., 60, 1, 502. Voy. encore les autorités citées à la note 37 *supra*.

[1] Marcadé, sur l'art. 636, nos 1 et 2. Demolombe, XII, 674.

Il en résulte également qu'on ne peut, à titre de servitude réelle, et par suite à perpétuité, établir sur un fonds des droits d'usage ou de jouissance, en faveur d'une personne et de ses héritiers [2].

Il ne serait même pas possible de constituer de pareils droits, avec le caractère de servitudes réelles, au profit du propriétaire d'un héritage et de ses successeurs, si ces droits n'avaient pour objet que l'avantage personnel des propriétaires, et non l'utilité de l'héritage lui-même, de telle sorte que le fonds au profit duquel ils se trouveraient en apparence établis, n'en fût point en réalité le sujet actif [3]. C'est ainsi que le droit de se promener dans un jardin, ou d'y cueillir des fruits, ne constitue pas une servitude réelle, encore qu'il ait été établi au profit du propriétaire d'une maison voisine [4]. Il en est de même de la concession d'un droit de chasse ou de pêche, faite au propriétaire d'une habitation, dans les bois ou dans les eaux d'un domaine situé à proximité de cette habitation [5]. De pareilles concessions peuvent seulement, suivant les cas, produire les effets d'un droit d'usage ou de bail [6].

Mais la règle qu'une servitude réelle ne peut être imposée en faveur de la personne, n'empêche pas qu'on ne doive considérer comme revêtues du caractère de servitudes réelles les charges

[2] Cpr. § 228, texte et note 3.

[3] La proposition formulée au texte est en elle-même hors de conteste. Le désaccord ne peut exister que sur certaines applications du principe qu'elle énonce. Cpr. Req. rej., 4 juillet 1851, Sir., 51, 1, 599.

[4] *Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest.* L. 8, *proe.*, D. *de serv.* (8, 1). Elvers, *Die römische Servitutenlehre.* Duranton, V, 447. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 369. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 340. Demolombe, XII, 687. Voy. en sens contraire : Toullier, III, 588 à 590 ; Taulier, II, p. 356 et 357. Cpr. aussi Pardessus, I, n° 11, p. 34 et 35.

[5] Duranton, IV, 292, et V, 449. Pardessus, I, n° 11, p. 33 et 34. Marcadé, sur l'art. 686, n^os^ 1 et 2. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 341. Demante, *Cours*, II, 541 *bis*, III. Demolombe, XII, 686. Voy. en sens contraire : Toullier, IV, 19 ; Daviel, *Des cours d'eau*, III, 933. Cpr. aussi Req. rej., 4 janvier 1860, Sir., 60, 1, 743.

[6] L'art. 686 ne proscrit pas les concessions de cette nature, qui n'ont rien de contraire à l'ordre public. Ce qu'il défend simplement, c'est d'attacher aux droits qu'elles ont pour objet de conférer, le caractère et les effets de servitudes réelles ; et rien ne s'oppose, à notre avis, à ce que les parties leur impriment le caractère de servitudes personnelles, en les constituant sous forme de droits d'usage, comme aussi elles peuvent ne les établir qu'à titre de louage. Marcadé, Du Caurroy, Bonnier et Roustain, Demante, Demolombe, *locc. citt.* Proudhon, *De l'usufruit*, I, 369.

effectivement établies au profit d'un fonds, alors même que le propriétaire de ce fonds en retirerait un certain avantage, soit pour son usage personnel, soit pour son industrie. C'est ainsi que le droit de prendre dans une forêt le bois nécessaire au chauffage d'une maison, et celui d'extraire d'un fonds l'argile destiné à l'exploitation d'une tuilerie, constituent des servitudes réelles [7].

2° Les conditions essentielles à l'existence des servitudes réelles peuvent se résumer dans les propositions suivantes :

a. Toute servitude suppose l'existence de deux héritages, dont l'un (*héritage servant*) est grevé, au profit de l'autre (*héritage dominant*), d'une charge de nature à augmenter l'utilité ou l'agrément [8] de ce dernier, qui peut ainsi être envisagé comme le sujet actif du droit de servitude.

Il n'est, du reste, pas nécessaire que l'avantage à procurer à l'héritage dominant soit actuel ; il peut n'être qu'éventuel [9].

b. Les deux héritages doivent appartenir à des propriétaires différents : *Res propria nemini servit.*

On doit en conclure, d'une part, que, si le propriétaire d'un fonds établit, pour l'avantage d'une partie de ce fonds, une charge sur l'autre partie, cette charge ne constitue pas une servitude. On doit en conclure, d'autre part, que, lorsque deux héritages appartenant à des propriétaires différents viennent à être réunis dans la même main, la charge dont l'un de ces héritages était grevé au profit de l'autre, cesse d'exister à titre de servitude. Art. 705.

La règle *Res propria nemini servit* ne s'oppose pas à ce qu'on puisse acquérir, au profit d'un héritage dont on est propriétaire exclusif, une servitude sur un héritage dont on est copropriétaire par indivis, ni, réciproquement, à ce qu'on puisse établir, au profit de cet héritage, une servitude sur celui dont on est propriétaire exclusif [10].

[7] Cpr. § 225. Pardessus, I, n° 11, p. 29 et 30. Duranton, V, 33 et 34. Demolombe, XII, 684. Paris, 26 mai 1857, Sir., 58, 2, 117. Voy. aussi Grenoble, 23 mai 1858, Sir., 59, 2, 37. Cpr. cep. Req. rej., 8 juillet 1851, Sir., 51, 1, 599.

[8] L. 3, *proe.*, D. *de aqu. quot. et æst.* (43, 20). Toullier, III, 589. Pardessus, I, 13, Demolombe, XII, 685.

[9] L. 19, D. *de serv.* (8, 1). L. 23, § 1, D. *de serv. præd. urb.* (8, 2). L. 10, D. *de serv. præd. rust.* (8, 3). Toullier, *loc. cit.* Pardessus, I, 14. Duranton, V, 443. Demolombe, XII, 691 et 694.

[10] Demolombe, XII, 696.

c. L'héritage servant et l'héritage dominant doivent être assez rapprochés l'un de l'autre, pour que l'exercice de la servitude offre au propriétaire de ce dernier héritage un avantage appréciable [11]; mais il n'est pas nécessaire que les deux fonds soient contigus [12].

d. Le Droit romain exigeait en outre, comme condition essentielle à l'existence des servitudes réelles, que le fonds servant se trouvât par lui-même, et indépendamment du fait de l'homme, en état de fournir à perpétuité, ou du moins pour une longue série d'années, l'élément matériel que suppose l'exercice de la servitude : *Causa servitutum debet esse perpetua* [13]. On en concluait, par exemple, qu'on ne peut acquérir une servitude de prise d'eau sur un étang, lorsque, n'étant pas alimenté par des eaux vives, il est susceptible de se dessécher. Mais le Code Napoléon ne rappelle pas cette condition, qui n'a jamais été exigée dans nos usages [14].

3° Les caractères distinctifs des servitudes réelles sont les suivants :

a. Les servitudes réelles considérées, soit activement et comme droits, soit passivement et comme charges, sont inhérentes au fonds dominant et au fonds servant, dont elles constituent des qualités actives ou passives. Il en résulte qu'elles suivent, indépendamment de toute stipulation, l'un et l'autre de ces fonds, dans quelques mains qu'ils passent. Il en résulte encore qu'elles ne peuvent, pour elles-mêmes et séparément de ces fonds, former l'objet d'aucune convention ou disposition [15].

[11] L. 38, D. *de serv. præd. urb.* (8, 2). Ainsi, le droit de puiser de l'eau à une fontaine ne peut être constitué à titre de servitude, au profit d'une personne qui ne possède pas d'héritage près du fonds dans lequel se trouve la fontaine. Civ. cass., 23 novembre 1808, Sir., 9, 1, 35.

[12] *Observations du Tribunat* sur l'art. 637 (Locré, *Lég.*, VIII, p. 354 et 355, n° 1). Toullier, III, 595. Pardessus, I, 18. Duranton, V, 454 à 457. Taulier, II, p. 356. Demolombe, XII, 692.

[13] L. 28, D. *de serv. præd. urb.* (8, 2). Elvers, *op. cit.*, p. 151 et suiv. La *causa perpetua servitutum*, qui constituait en Droit romain une condition relative à l'héritage servant, ne doit pas être confondue avec ce qu'on appelle la continuité de la servitude. Cette continuité, qui forme le caractère distinctif de certaines servitudes, se rapporte à leur mode d'exercice et à l'état du fonds dominant.

[14] Pardessus, I, 5. Duranton, V, 458 et suiv. Demolombe, XII, 702. Req. rej., 16 avril 1838, Sir., 38, 1, 756.

[15] Cpr. § 226, texte et note 6 ; § 259, texte et note 8. Pardessus, I, 33. Valette, *Des priviléges et hypothèques*, I, 128. Demolombe, XII, 669 et 670. Civ. cass., 7 février 1825, Sir., 25, 1, 213.

b. Les servitudes réelles sont perpétuelles, mais de leur nature seulement, et non par essence. Rien n'empêche donc de limiter la durée de la servitude, par exemple à la vie du propriétaire actuel de l'héritage dominant, ou au temps pendant lequel il en conservera la propriété [16].

Du principe que les servitudes sont perpétuelles, il suit que, sauf disposition spéciale contraire, elles ne sont pas susceptibles de rachat [17].

c. Les servitudes réelles sont indivisibles comme droits et comme charges, en ce sens qu'elles ne peuvent, ni s'acquérir, ni se perdre par quotes-parts idéales [18]; et en ce que, d'un autre côté, elles sont dues à chaque partie de l'héritage dominant, et affectent également chaque partie de l'héritage servant [19].

Il suit de là qu'en cas de partage de l'héritage dominant, les propriétaires de ses différentes parties sont tous autorisés à exercer la servitude, sans néanmoins que la condition de l'héritage servant puisse être aggravée. Art. 700. Il en résulte encore, que, lorsque l'héritage dominant est indivis entre plusieurs personnes, l'interruption de prescription opérée par l'une d'elles, ou la suspension de prescription établie en faveur de l'une d'elles, profite à toutes les autres. Art. 709 et 710.

Mais l'indivisibilité des servitudes ne forme point obstacle à ce qu'elles puissent, dans leur exercice, être limitées sous le rapport du lieu, du temps, ou du mode, et n'empêche pas qu'elles ne soient, sous ces divers rapports, susceptibles d'être restreintes ou modifiées par l'effet de la prescription [20].

[16] Toullier, III, 602 et 683. Pardessus, I, 5, et II, 319. Demolombe, XII, 703, et 1053 à 1055. Cpr. Civ. cass., 7 février 1825, Sir., 25, 1, 213.

[17] Voy. sur le rachat du droit de vaine pâture, fondé en titre, entre particuliers : Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, art. 8. — Voy. sur l'affranchissement, par voie de cantonnement ou de rachat, des droits d'usage dans les forêts : Code forestier, art. 63, 64, 88, 112, 118 et 120. — Voy. sur le rachat de certaines servitudes grevant les étangs du département de l'Ain : Loi du 21 juillet 1856, art. 1er.

[18] L. 8, § 1, D. *de serv.* (8, 1). L. 30, § 1, D. *de serv. præd. urb.* L. 34, D. *de serv. præd. rust.* (8, 3). L. 5, L. 6, *proe.*, et L. 8, § 1, D. *quemad. serv. amitt.* (8, 6). Cpr. § 167, texte et note 1re; § 301, texte et note 4. Duranton, V, 466 et suiv. Demolombe, XII, 701, 775 et 775 *bis*. Cpr. Civ. rej., 6 août 1860, Sir., 61, 1, 142. Voy. cep. Toullier, VI, 783 et suiv.; Pardessus. I, 22.

[19] Paris, 16 mai 1825, Dalloz, 1826, 2, 102. Civ. cass., 20 juin 1827, Sir., 27, 1, 353.

[20] Art. 708. Demolombe, XII, 701. L'erreur des auteurs qui nient l'indivisibilité des servitudes, provient de ce qu'ils ont à tort considéré les propositions énoncées au texte comme incompatibles avec ce caractère.

d. Les servitudes étant dues, non par le propriétaire de l'héritage servant, mais par cet héritage lui-même, elles ne consistent, ni à faire, ni à donner, et n'imposent à ce propriétaire que l'obligation passive de souffrir, ou de ne pas faire [21].

§ 248.

Des différentes divisions des servitudes.

Les servitudes se divisent :

1° En urbaines et rurales. Art. 687.

Les servitudes urbaines sont celles qui sont établies en faveur d'un bâtiment, qu'il soit situé à la ville ou à la campagne. Les servitudes rurales sont celles qui sont établies en faveur d'un fonds de terre. Cette distinction, qui, en Droit romain, jouait un rôle important, n'est plus que de pure doctrine sous l'empire du Code Napoléon, et n'a aucune influence sur la manière d'acquérir les servitudes, d'en user, ou de les perdre [1].

2° En continues et discontinues. Art. 688.

Les servitudes continues sont celles dont l'exercice ne consiste pas dans un fait actuel de l'homme, et qui s'exercent ainsi par elles-mêmes, une fois que les choses se trouvent placées dans l'état que suppose la servitude [2]. Telles sont les conduites d'eau, les égouts, les vues, et autres de cette espèce [3].

Une servitude qui, d'après cette définition, doit être considérée comme continue, ne perd pas ce caractère par cela seul qu'en fait elle ne s'exerce pas continuellement, comme cela a lieu, par exemple, pour l'égout des toits ; il suffit que l'exercice en puisse être continuel. Il y a mieux : une servitude ne cesse pas d'être continue, quoique de fait l'exercice en soit interrompu, pendant des intervalles de temps plus ou moins longs, par des obstacles

[21] *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* L. 15, § 1, D. *de serv.* (8, 1). Cpr. cep. art. 698, et § 253, texte et notes 6 à 10. — Le caractère indiqué au texte appartient, du reste, aux servitudes personnelles aussi bien qu'aux servitudes réelles. Cpr. § 225, note 1re.

[1] Toullier, III, 596. Duranton, V, 485. Pardessus, 1, 51. Demolombe, XII, 705.

[2] Les expressions *fait actuel de l'homme*, qu'on lit dans l'art. 688, se rapportent au fait constitutif de l'exercice de la servitude, et non à l'établissement de l'état de choses que suppose son existence.

[3] Par exemple une servitude de prise d'eau, exercée au moyen d'ouvrages permanents. Req. rej., 23 avril 1856, Sir., 56, 1, 575.

qui, pour être levés, exigent le fait de l'homme. Ainsi, une servitude de vue ou de prise d'eau est continue, quoique l'exercice en soit de temps à autre interrompu par la fermeture d'un volet ou d'une écluse[4].

Du reste, il faut, dans cette matière, se garder de confondre, avec le fait constitutif de l'exercice de la servitude, les circonstances qui peuvent être nécessaires pour donner lieu à son fonctionnement; car, dans le cas même où ces circonstances exigeraient l'intervention de l'homme, la servitude n'en serait pas moins continue, si elle devait être considérée comme telle, eu égard au fait par lequel son exercice se réalise. C'est ainsi que la servitude d'égout d'eaux ménagères ou industrielles, exercée au moyen d'ouvrages permanents, est une servitude continue[5].

Les servitudes discontinues sont celles dont l'usage consiste dans des faits successifs, exercés par le propriétaire de l'héritage dominant sur l'héritage servant. Tels sont les droits de passage, de puisage, de pacage, et autres semblables[6]. Une servitude, discontinue de sa nature, ne cesse pas de l'être par cela seul qu'elle se manifeste par des signes apparents. C'est ce qui a lieu pour la servitude de passage, lorsqu'elle s'annonce par une porte, par un chemin, ou par des travaux destinés à faciliter le passage[7].

[4] Duranton, V, 492. Pardessus, I, 28. Daviel, *Des cours d'eau*, II, 912. Demolombe, XII, 710. Pau, 11 juin 1834, Sir., 35, 2, 202. Req. rej., 18 avril 1853, Sir., 56, 1, 214. Civ. cass., 5 décembre 1855, Sir., 56, 1, 216. Req. rej., 17 décembre 1861, Sir., 63, 1, 83. Voy. aussi, quant à la servitude d'écoulement des eaux d'un étang : Civ. cass., 18 juin 1851, Sir., 51, 1, 513; Civ. cass., 24 juin 1860, Sir., 60, 1, 317.

[5] L'exercice d'une pareille servitude consiste dans l'écoulement des eaux sur le fonds voisin, et cet écoulement s'opère naturellement au moyen des travaux destinés à le procurer. Si le fait de l'homme est nécessaire pour faire arriver les eaux dans l'évier ou dans l'égout d'où elles s'écoulent sur le fonds voisin, ce fait n'est que la cause occasionnelle de l'exercice de la servitude, et ne constitue pas la servitude elle-même. D'ailleurs l'art. 688 range tous les égouts parmi les servitudes continues, sans distinguer entre ceux qui servent à l'écoulement des eaux pluviales et ceux qui sont destinés à l'écoulement des eaux ménagères ou industrielles. Demolombe, XII, 702. Voy. en sens contraire : Duranton, *Consultation*, Sir., 38, 2, 348, à la note; Daviel, *op. cit.*, II, 710 et 942; Dupret, *Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 820; Aix, 31 janvier 1838, Sir., 38, 2, 348.

[6] Cpr. Req. rej., 21 octobre 1807, Sir., 8, 1, 37.

[7] Pardessus, II, 276. Solon, n° 314. Demolombe, XII, 719. Req. rej., 24 novembre 1835, Sir., 36, 1, 52. Req. rej., 26 avril 1837, Sir., 37, 1, 916. Nîmes, 1er juillet 1845, Sir., 46, 2, 14. Civ. cass., 9 mars 1846, Sir., 46, 1, 307. Grenoble,

3° En apparentes et non apparentes. Art. 689.

Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des signes extérieurs [8], par exemple, par une porte, une fenêtre, un aqueduc. Les servitudes non apparentes sont celles dont l'existence ne se manifeste par aucun signe de cette nature [9]. Telle est la prohibition de bâtir ou d'élever un bâtiment au delà d'une hauteur déterminée.

Il n'est pas nécessaire, pour qu'une servitude revête le caractère de servitude apparente, que les ouvrages qui l'annoncent soient établis sur l'héritage servant [10]. Mais il faut qu'ils soient visibles pour le propriétaire de cet héritage [11].

4° En affirmatives et négatives.

Les servitudes sont affirmatives ou négatives, selon qu'elles autorisent le propriétaire de l'héritage dominant à faire quelque chose sur l'héritage servant, ou qu'elles interdisent au propriétaire de ce dernier héritage l'exercice de certains actes de propriété. Cette division, que le Code ne rappelle pas, présente cependant, en ce qui concerne l'acquisition de la quasi-possession des servitudes, une certaine utilité pratique [12].

Les servitudes négatives sont de leur nature non apparentes et continues [13].

3 février 1849, Sir., 49, 2, 572. Voy. en sens contraire : Taulier, II, p. 438 et 439. Cpr. aussi Toullier, III, 623.

[8] Dans son premier alinéa, et en définissant les servitudes apparentes, l'art. 689 se sert des termes *ouvrages extérieurs*. Mais, dans le second alinéa du même article, les servitudes non apparentes sont indiquées comme étant celles qui n'ont pas de *signe extérieur*. C'est à ces dernières expressions, dont l'acception est plus large, que nous avons cru devoir nous attacher, d'autant plus qu'elles sont reproduites dans l'art. 694. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 345. Demolombe, XII, 704. Bourges, 13 décembre 1825, Sir., 26, 2, 222. Req. rej., 8 novembre 1854, Sir., 54, 1, 765.

[9] Voy. le dernier arrêt cité à la note précédente. Cpr. aussi : Civ. cass., 24 janvier 1860, Sir., 60, 1, 317.

[10] Toullier, III, 635. Duranton, V, 493. Demolombe, XII, 718.

[11] Demolombe, XII, 715. Caen, 3 juillet 1847, Sir., 48, 2, 383.

[12] Cpr. § 179, texte n° 2. C'est probablement par inadvertance que plusieurs auteurs ont émis un avis contraire à la proposition énoncée au texte. Cpr. Pardessus, I, 31; Duranton, V, 498; Zachariæ, § 249, *in fine;* Demolombe, XII, 722.

[13] Demolombe, XII, 723. C'est à tort que le *Recueil des lois et arrêts* présente la *servitude altius non sollendi* comme une servitude discontinue. Voy. Sir., 43, 1, 351; Sir., 55, 1, 369; Sir., 59, 1, 71; Sir., 63, 1, 134.

§ 249.

De l'établissement des servitudes par le fait de l'homme, en général.

Les héritages, c'est-à-dire les fonds de terre et les bâtiments, sont seuls susceptibles d'être grevés de servitudes. Art. 637. Les immeubles incorporels, et notamment les servitudes elles-mêmes, ne peuvent être l'objet de charges de cette nature [1].

Les immeubles placés hors du commerce, étant à la fois inaliénables et imprescriptibles, ne sauraient être grevés de servitudes par le fait de l'homme [2]. C'est ainsi notamment qu'on ne peut acquérir, sur les fonds formant des dépendances du domaine public, des droits de servitude de nature à contrarier ou à modifier la destination à laquelle ils sont affectés, comme, par exemple, le droit d'avoir sur une rue ou sur une place des bancs ou des marches d'escalier, et celui d'avoir sous une voie publique une cave ou des conduits d'eau [3].

Cependant, à côté de ce principe il s'en place un autre qui concerne spécialement les voies et les places publiques, affectées de leur nature à certains usages au profit des propriétés riveraines. Lorsque, en conformité de cette affectation, le propriétaire d'un terrain bordant une voie publique, y a construit un bâtiment dont les portes et les fenêtres s'ouvrent et prennent jour sur cette voie, les avantages qu'il s'est ainsi procurés par l'exercice d'une faculté légale, quoique n'ayant pas le caractère de véritables servitudes, dans le sens de l'art. 637 [4], n'en constituent pas moins des droits

[1] *Servitus servitutis esse non potest.* L. 33, § 1, D. *de serv. præd. rust.* (8, 3). L. 1, D. *de us. et usuf. leg.* (33, 2). Pardessus, I, 33. Demolombe, XII, 670. Voy. en sens contraire : Bauby, *Revue pratique*, 1863, XVI, p. 185. C'est à tort que cet auteur voit dans les conventions qu'il cite une constitution de servitude sur une servitude. Cpr. § 253, texte et note 13.

[2] Riom, 19 mai 1854, Sir., 54, 2, 589. — Cpr. sur la question de savoir si les immeubles placés hors du commerce sont ou non sujets à certaines servitudes légales : § 239 *bis*, texte et note 3; § 240, texte et note 3; § 243, texte et note 16.

[3] Dunod, *Des prescriptions*, part. I, chap. XII. Proudhon, *Du domaine public*, II, 365 à 368. Pardessus, I, n° 41, p. 103. Troplong, *De la prescription*, I, 162. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 93. Solon, n° 420. Demolombe, XII, 698. Req rej., 13 février 1828, Sir., 28, 1, 253. Poitiers, 31 janvier 1837, Sir., 38, 2, 78.

[4] En effet, l'usage que les riverains font d'une voie publique, conformément à sa destination, n'en diminue nullement l'utilité, et ne saurait, dès lors, être con-

acquis en vertu d'une convention tacite, intervenue, sous la garantie de la foi publique, entre lui et l'administration, droits dont il ne peut être privé sans indemnité [5].

L'inaliénabilité dont les immeubles dotaux sont frappés durant le mariage, s'oppose en général, et sauf l'effet de la prescription dans les cas exceptionnels où elle devient possible, à ce qu'ils puissent être grevés de servitudes par le fait de l'homme [6].

Les servitudes dérivant du fait de l'homme s'établissent par titre, par la prescription, et par la destination du père de famille. Ces deux derniers modes d'acquisition ne s'appliquent cependant qu'à certaines espèces de servitudes. Art. 690 à 694.

Le juge ne peut pas plus créer de servitudes réelles, qu'il ne peut établir de servitudes personnelles [7]. Ses pouvoirs se bornent,

sidéré comme une charge dont elle se trouverait grevée. Pardessus, I, 41. Duranton, V, 294 et 295. Bourges, 6 avril 1829, Sir., 29, 2, 262. Voy. en sens contraire : Toullier, III, 480 à 483 ; Proudhon, *Du domaine public*, II, 363 et 369 à 377 ; Belime, *De la possession*, n° 233 ; Solon, n° 414 ; Demolombe, XII, 699. Au surplus, la divergence d'opinions, concernant la qualification à donner aux droits dont il est question au texte, n'a pas une grande importance pratique, puisque les auteurs mêmes qui y voient de véritables servitudes, reconnaissent avec nous que ce caractère n'est pas absolu, et n'enlève pas à l'autorité administrative le pouvoir de changer la destination des voies de communication, en en faisant passer le terrain dans le domaine privé.

[5] Ce point est aujourd'hui généralement reconnu. Outre les auteurs cités à la note précédente, voy. encore dans ce sens : Ordonnance en Conseil d'État, 24 février 1825, Sir., 26, 2, 343 ; Aix, 11 mai 1826, Sir., 27, 2, 65 ; Bourges, 6 avril 1829, Sir., 29, 2, 262 ; Douai, 11 février 1837, Sir., 37, 2, 366 ; Civ. cass., 5 juillet 1836, Sir., 36, 1, 600 ; Ordonnance en Conseil d'État, 19 mars 1845, Sir., 45, 2, 447 et 448 ; Décret en Conseil d'État, 6 août 1852, Sir., 53, 2, 172. — Il paraît également certain que, lorsqu'il s'agit de travaux exécutés sur des voies publiques, soit par l'administration, soit même par un particulier, en vertu d'un alignement régulièrement établi, les riverains qui se prétendent lésés par ces travaux ne peuvent en demander la suppression, et sont seulement autorisés à réclamer une indemnité. Cpr. § 187, texte *in fine*, et note 62 ; § 194, texte et note 10. Voy. cep. Req. rej., 10 novembre 1841, Sir., 41, 1, 178 ; Req. rej., 12 juillet 1842, Sir., 42, 1, 593. Mais une question qui peut encore prêter à sérieuse difficulté est celle de savoir si, en cas de cession à un particulier d'un terrain formant précédemment un boulevard, une place, ou une rue, les riverains sont autorisés à s'opposer aux constructions qui seraient de nature à porter atteinte à leurs droits de vue et de passage, ou s'ils doivent, même dans ce cas, se contenter d'une indemnité. Cpr. Civ. cass., 11 février 1828, Sir., 29, 1, 164 ; Orléans, 30 juillet 1861, Sir., 62, 2, 28.

[6] Cpr. § 537, texte n^os 2 et 3.

[7] Cpr. § 227, texte et note 2.

pour les unes comme pour les autres, à déclarer l'existence des servitudes contestées. Si, par suite des clauses d'une adjudication d'héritages vendus ou licités en justice, des servitudes sont imposées à ces héritages, elles rentrent dans la classe des servitudes établies par convention [8].

§ 250.

De l'établissement des servitudes par titre.

Toutes les servitudes, quelle qu'en soit la nature, sont susceptibles de s'établir par titre, c'est-à-dire par convention, ou disposition de dernière volonté [1]. Art. 690 et 691.

L'établissement des servitudes par titre est régi par les règles suivantes :

1° En principe, une servitude ne peut être constituée que par le propriétaire de l'héritage qui doit en être grevé.

Toutefois, rien n'empêche qu'on ne constitue valablement une servitude sur un héritage dont on n'est point encore propriétaire, pour le cas où on le deviendrait [2].

D'un autre côté, une constitution de servitude consentie par l'un des copropriétaires, quoique restant sans effet au regard des autres, tant que dure l'indivision, devient cependant efficace, lorsque, par le résultat du partage ou de la licitation, l'héritage grevé tombe, soit en totalité, soit pour partie, au lot de celui des communistes qui a constitué la servitude, de sorte que, dans le premier cas, elle frappera l'immeuble tout entier, et dans le second, la partie échue au constituant [3].

Enfin, quoique l'usufruitier ne puisse pas établir, sur l'héritage soumis à son droit, de véritables servitudes, c'est-à-dire des charges affectant cet héritage même, il lui est cependant permis de concéder, pour la durée de sa jouissance, des droits analogues aux

[8] Demolombe, XII, 732. Voy. cep. Pardessus, II, 273 et 274 ; Solon, n° 366; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 346.

[1] Le mot *titre* est employé dans les art. 690 et 691 pour désigner, par opposition à la prescription acquisitive, les conventions et les dispositions de dernière volonté. Cpr. § 173.

[2] Cpr. § 351, texte n° 2, et note 47.

[3] Cpr. § 221, texte n° 2, notes 10 et 11 ; § 625, texte n° 1. Toullier, III, 573. Pardessus, II, 253. Duranton, V, 544. Demolombe, XII, 742.

servitudes, pourvu, bien entendu, que l'exercice de ces droits ne lèse pas les intérêts du nu-propriétaire [4].

2° Le propriétaire d'un héritage ne peut le grever de servitudes qu'autant qu'il jouit de la capacité requise pour l'aliéner [5].

L'existence de servitudes imposées à un héritage n'enlève pas au propriétaire de cet héritage la faculté de le grever de nouvelles servitudes, pourvu qu'elles ne portent pas atteinte aux anciennes [6].

L'existence d'hypothèques dont un immeuble se trouve grevé, ne forme pas non plus obstacle à la constitution de servitudes sur cet immeuble. Toutefois, une servitude ainsi constituée ne peut être opposée aux créanciers hypothécaires dont les droits étaient devenus efficaces avant que le titre constitutif de servitude fût lui-même devenu opposable aux tiers. Il en résulte que, dans les cas d'expropriation forcée, ou de surenchère sur aliénation volontaire, ces créanciers sont autorisés à faire insérer au cahier des charges une clause portant que l'immeuble sera vendu comme franc. Seulement, pour éviter d'ultérieures difficultés de la part du propriétaire de l'héritage dominant, feront-ils bien de porter cette clause à sa connaissance, avec sommation d'intervenir, s'il le juge convenable [7].

Du reste, les créanciers hypothécaires ne peuvent demander la vente de l'immeuble sans la charge de la servitude, qu'autant qu'ils y ont un intérêt sérieux; et, d'un autre côté, le propriétaire de l'héritage dominant est toujours admis à réclamer le maintien de la servitude, en offrant de donner caution pour le paiement intégral de leurs créances. Mais il ne serait pas autorisé à procéder à la purge de l'acquisition de la servitude [8].

Si l'immeuble servant, grevé tout à la fois d'hypothèques antérieures et d'hypothèques postérieures à la constitution de la ser-

[4] Toullier, III, 567. Pardessus, II, 247. Duranton, V, 541. Demante, *Cours* II, 541 *bis* V. Demolombe, XII, 736.

[5] Toullier, III, 568 et 569. Pardesssus, II, 246. Duranton, V, 537 à 541. Demolombe, XII, 746.

[6] Toullier, III, 572. Solon, nos 431 et 434. Demolombe, XII, 437.

[7] Pardessus, II, 245. Duranton, V, 546. Solon, nos 359 et 363. Demolombe, XII, 749. Voy. cep. Troplong, *Des hypothèques*, III, 843 *bis*.

[8] L'hypothèque ne porte pas sur la servitude, mais sur le fonds; et le propriétaire de l'héritage dominant ne saurait être considéré comme un tiers détenteur jouissant de la faculté de purger. Pardessus, I, 6 et 9. Duranton, V, 547. Demolombe, XII, 748. Voy. en sens contraire, Delvincourt, III, p. 359; Persil, sur l'art. 2166, n° 5.

vitude, avait été vendu comme franc, et qu'après le paiement intégral des créanciers antérieurs, il restât encore une partie du prix à distribuer, le propriétaire de l'héritage au profit duquel la servitude avait été établie, serait en droit de demander qu'il lui soit attribué sur cet excédant, et de préférence aux créanciers postérieurs, une somme représentative de la plus-value obtenue par la vente de l'immeuble sans la charge de la servitude.

3° De même que, pour constituer une servitude, il faut être propriétaire du fonds grevé, de même aussi, pour acquérir une servitude, il faut en principe être propriétaire du fonds au profit duquel elle doit être établie. Toutefois, on peut stipuler une servitude en faveur d'un héritage dont on n'est pas encore propriétaire, pour le cas où on en ferait l'acquisition [9]. D'un autre côté, une servitude acquise par un communiste, ou par un tiers possesseur, soit de bonne foi, soit de mauvaise foi, devant être considérée comme consentie plutôt dans l'intérêt du fonds que pour l'avantage personnel du stipulant, les autres communistes et le véritable propriétaire sont autorisés à en demander le maintien, à charge d'exécuter les engagements pris à l'occasion de son établissement [10]. Il en serait de même de la servitude acquise par un usufruitier, à moins qu'établie à titre gratuit, elle ne dût être envisagée comme constituée pour l'avantage personnel de ce dernier [11].

Il est, du reste, bien entendu qu'une servitude peut être acquise pour le compte du propriétaire de l'héritage dominant, soit par un mandataire, soit par un tiers stipulant en son nom en vertu de l'art. 1121, soit même par un *negotiorum gestor* ou porte-fort [12].

4° La constitution de servitude n'est, comme telle, soumise à aucune solemnité particulière. Elle est régie, sous le rapport de sa forme, par les règles relatives, soit à la vente, lorsqu'elle est faite à titre onéreux, soit aux donations et testaments, lorsqu'elle a lieu à titre gratuit.

[9] Toullier, III, 578. Pardessus, II, 261. Duranton, V, 552.

[10] Merlin, *Rép.*, v° *Servitude*, § 11, n° 1. Delvincourt, I, p. 411. Toullier, III, 576. Pardessus, II, 260. Duranton, V, 551 et 553. Demolombe, XII, 760. Voy. en sens contraire quant au tiers possesseur : Toullier, II, p. 437.

[11] En dehors de ce cas, et à moins que le contraire ne resultât du titre constitutif de la servitude, l'usufruitier devrait être présumé l'avoir acquise *in perpetuum*, et pour l'avantage du fonds. Merlin, *op. et loc. citt.* Pardessus, II, 259. Demante, II, 541 *bis* V. Demolombe XII, 759 et 764. Cpr. Toullier, III, 580. Voy. en sens contraire sur la proposition principale: Taulier, II, p. 437.

[12] Delvincourt, I, p. 411. Toullier, III, 576 et 577. Pardessus, II, 260. Voy. cep. Duranton, V, 549.

Sous l'empire du Code Napoléon, les actes constitutifs de servitude étaient par eux-mêmes efficaces, même à l'égard des tiers, indépendamment de toute transcription [13]. Il en était ainsi pour les servitudes établies par donation entre vifs, aussi bien que pour celles qui avaient été constituées à titre onéreux [14].

Mais la loi du 23 mars 1855 a soumis à la formalité de la transcription tous les actes entre vifs, constitutifs de servitude, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit [15], et sans faire de distinction à cet égard entre les servitudes apparentes et les servitudes non apparentes [16]. Il résulte de là que les actes de cette nature, passés postérieurement au 1er janvier 1856, ou dont la date n'est devenue certaine que depuis cette époque, ne peuvent être opposés aux tiers ayant acquis et dûment conservé des droits sur l'héritage servant, qu'autant que ces actes ont été soumis à la transcription, et à partir seulement de l'accomplissement de cette formalité. Les mêmes règles s'appliquent aux jugements qui constatent une constitution de servitude, opérée par convention verbale [17]. Art. 2, nos 1 et 2.

[13] Voy. §§ 174 et 207. Il est bien entendu que, sous l'empire même du Code Napoléon, une servitude constituée par acte sous seing privé n'était opposable au tiers acquéreur de l'héritage grevé qu'autant que cet acte avait acquis date certaine avant la vente, par l'un des moyens indiqués en l'art. 1328. Civ. cass., 28 juillet 1858, Sir., 58, 1, 792.

[14] L'art. 939 ne soumet, en effet, à la transcription que les donations d'immeubles corporels ou de droits réels immobiliers susceptibles d'hypothèques; et les servitudes réelles ne rentrent pas dans cette classe de droits. Art. 2118. Cpr. § 704, texte, lett. *a* et note 9. Outre les autorités citées dans cette note, voy. encore dans le sens de la proposition énoncée au texte : Marcadé, sur l'art. 939, n° 4; Bayle-Mouillard, sur Grenier, II, 162, note *a*; Flandin, *De la transcription*, I, 679 et 680; Grosse, *De la transcription*, n° 352; Demolombe, XX, 248 et 249; Bordeaux, 10 juillet 1856, Dalloz, 1859, 2, 56. Voy. en sens contraire : Vazeille, sur l'art. 939, n° 4; Taulier, IV, p. 68; Demante, IV, 80 *bis* II; Bugnet, sur Pothier, *Des donations entre-vifs*, n° 102, note 2; Mourlon, *De la transcription*, I, 110 à 114; Lesenne, *De la transcription*, n° 16.

[15] *Non obstat* art. 11, al. 6, de la loi du 23 mars 1855 : la disposition de l'art. 2 de cette loi est, en effet, sous ce rapport ampliative de celle de l'art. 939 du Code Napoléon. Voy. § 174, texte n° 3 et note 11; § 704, texte lett. *b*, notes 36 à 38. Flandin, *op. cit.* I, 681.

[16] Lesenne, *op. cit.*, n° 42. Fons, *Précis sur la transcription*, n° 28. Flandin, *op. cit.*, I, 424 et 425. Mourlon, *op. cit.*, I, 106. Leniarcis, *Commentaire de la loi sur la transcription*, p. 19. Demolombe, XII, 733.

[17] Nous nous bornerons à renvoyer, pour le développement de ces propositions, au § 209. Les doctrines qui y sont exposées, en ce qui concerne la transmission

5° L'établissement d'une servitude constituée par titre peut être prouvé, soit par l'acte primordial qui en constate la constitution, soit par un acte recognitif. L'acte recognitif ne peut remplacer l'acte primordial, pour quelque servitude que ce soit [18], qu'autant qu'il émane de celui qui se trouvait, à la date de la reconnaissance, propriétaire de l'héritage grevé [19]. Art. 695. Mais la force probante de l'acte recognitif n'est pas subordonnée au concours des conditions et formalités exigées par l'art. 1337 [20]; et la reconnaissance qu'il renferme n'a pas besoin d'être acceptée par le propriétaire de l'héritage dominant [21].

Du reste, la disposition de l'art. 695 ne s'oppose pas à ce que l'existence d'une servitude constituée par titre, puisse être prouvée par témoins dans les cas exceptionnels prévus par les art. 1347 et 1348 [22]. A plus forte raison, peut-elle être établie par un aveu ou par l'effet d'une délation de serment [23].

Mais la déclaration de l'existence d'une servitude active, dans un acte concernant l'héritage auquel elle serait due, ne peut être opposée au propriétaire de l'héritage prétendûment grevé, qui n'aurait pas été partie dans cet acte, quelle que fût d'ailleurs l'ancienneté de cette déclaration, et quoiqu'elle se trouvât appuyée d'une possession conforme [24].

de la propriété immobilière, s'appliquent, *mutatis mutandis*, à la constitution de servitudes.

[18] Si l'art. 695 parle uniquement des servitudes qui ne peuvent s'acquérir par prescription, ce n'est pas pour disposer *a contrario* que, relativement aux servitudes susceptibles d'être acquises de cette manière, il soit permis de remplacer l'acte primordial autrement que par un acte recognitif émané du propriétaire du fonds servant, mais seulement pour rappeler qu'à l'égard des servitudes continues et apparentes, le titre peut être remplacé par la possession trentenaire. Cette précaution était tout au moins inutile; et la rédaction équivoque de l'art. 695 est d'autant plus vicieuse qu'elle est le résultat d'une confusion entre le titre constitutif de la servitude et l'acte instrumentaire destiné à établir l'existence de ce titre. Cpr. Duranton, V, 565; Demolombe, XII, 754.

[19] Civ. rej., 17 août 1857. Sir. 58, 1, 124.

[20] Cpr. § 760 *bis*, texte et note 5. Outre les autorités citées dans cette note, voyez encore : Delvincourt, I, p. 417 ; Demante, *Cours*, II, 550 *bis* II; Demolombe, XII, 757; Req. rej., 23 mai 1855, Sir. 57, 1, 123.

[21] Cpr. § 751, texte n° 4 et note 17. Marcadé, sur l'art. 1356, n° 2. Demolombe, XII, 757 *bis*.

[22] Demolombe, XII, 755. Paris, 11 juin 1843, Sir. 43, 2, 336.

[23] Duranton, V, 565. Pardessus, II, 269 *in fine*. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 355. Demante, *Cours*, II, 550 *his* I. Demolombe, XII, 755.

[24] Cpr. § 755, texte n° 2 et note 49. Aux autorités citées dans cette note en

La disposition de l'art. 2263 est étrangère à la matière des servitudes, en ce sens du moins, que le propriétaire de l'héritage servant ne peut, à quelque époque que ce soit, être contraint à fournir à ses frais un titre nouvel. Mais le propriétaire de l'héritage dominant pourrait, s'il y avait un intérêt légitime [25], en demander un à ses propres frais, et, en cas de refus, actionner le propriétaire du fonds servant en déclaration de servitude [26].

§ 251.

De l'acquisition des servitudes par la prescription.

1° Le Code Napoléon n'admet, en matière de servitudes, d'autre prescription acquisitive que celle de trente ans. La constitution d'une servitude acquise, par juste titre et de bonne foi, d'une personne qui n'était pas propriétaire de l'héritage sur lequel elle a été constituée, ne peut être consolidée par la prescription de dix à vingt ans [1].

faveur de notre opinion, il faut ajouter : Toullier, VIII, 165 (cité par erreur en sens contraire) ; Demolombe, XII, 753 ; Bordeaux, 28 mai 1834, Sir. 34, 2, 554 ; Civ. rej. 16 juillet 1849, Sir. 49, 1, 545

[25] Cpr. § 255, texte lett. A *in fine*.

[26] Cpr. Toullier, III, 722 ; Pardessus, II, 296 ; Solon, n° 569 ; Troplong, *De la prescription*, II, 844 ; Demolombe, XII, 756.

[1] Pour défendre l'opinion contraire, on s'est principalement fondé sur un argument tiré du rapprochement des art. 526 et 2165. Mais l'application de ce dernier article à la matière des servitudes se trouve écartée en vertu de l'art. 2264, par cela même que la prescription, tant acquisitive qu'extinctive, est régie en cette matière par des dispositions spéciales. Et comme les art. 690 et suiv., qui réglent tout ce qui est relatif à l'établissement des servitudes, ne font aucune mention de l'usucapion par dix ou vingt ans, ils excluent virtuellement ce mode d'acquisition. Cette conclusion est d'autant plus certaine, que l'art. 690 indique spécialement *la possession de trente ans* comme moyen d'acquérir les servitudes. Si les rédacteurs du Code n'avaient pas eu la pensée de proscrire ici l'usucapion par dix à vingt ans, ils se seraient exprimés dans cet article tout autrement qu'ils ne l'ont fait, et auraient dit d'une manière générale : « Les ser- « vitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou *par la prescription.* » C'est d'ailleurs avec raison que le législateur a fait une distinction entre l'usucapion de la propriété et celle des servitudes. L'usucapion de la propriété supposant, de la part de celui au profit duquel elle court, la possession exclusive de l'immeuble et, par conséquent, la privation de toute jouissance de la part de celui au détriment duquel la prescription doit s'accomplir, le silence gardé pendant dix ans par ce dernier peut être considéré, soit comme une renonciation à un droit préexistant, soit comme une reconnaissance du droit d'autrui. Mais il en

2° Les servitudes, tout à la fois continues et apparentes, sont seules susceptibles d'être acquises par prescription. Art. 690.

Les servitudes discontinues, quoique apparentes, et les servitudes continues, mais non apparentes, ne peuvent s'enquérir par une possession même immémoriale. Art. 691.

En statuant que les servitudes, soit discontinues, soit non apparentes, ne peuvent s'enquérir par prescription, l'art. 691 pose une règle tellement absolue, qu'elle ne fléchit, ni dans le cas où des servitudes de cette nature ont été exercées en vertu d'un titre émané *a non domino*[2], ni dans celui où elles l'ont été après contradiction opposée aux droits du propriétaire de l'héritage préten-

est autrement pour les servitudes, qui s'exercent souvent à la faveur de rapports de bon voisinage, sans qu'il en résulte de préjudice réel pour le propriétaire de l'héritage servant, et sans que celui-ci ait nécessairement et toujours un intérêt sérieux à s'opposer à leur exercice. Toullier, III, 630. Pardessus, II, 268. Solon, n° 396. Marcadé, sur l'art. 690, n° 2. Demante, *Cours*, II, 546 *bis* I. Bressolles, *Revue de droit français et étranger*, 1848, V, p. 746. Demolombe, XII, 781. Civ. cass., 10 décembre 1834, Sir., 35, 1, 24. Lyon, février 1837, Sir., 37, 1, 506, note 2. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 413 ; Duranton, V, 593 ; Troplong, *De la prescription*, II, 856 ; Vazeille, *Des prescriptions*, I, 419, et II, 523 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 348 ; et les considérants d'un arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1849, Sir., 49, 1, 545.

[2] L'art. 691, en disant que les servitudes dont il est question au texte, ne peuvent s'acquérir que par *titre*, prend évidemment cette dernière expression dans le sens qu'y attache l'art. 690. Or, cet article, qui place sur la même ligne et le titre et la possession de trente ans, comme moyens d'acquérir les servitudes continues et apparentes, suppose nécessairement un titre émané du propriétaire de l'héritege servant, et suffisant à lui seul pour leur établissement. Cette explication est corroborée par l'art. 695. Duranton, V, 593, note 3. Duvergier, sur Toullier, III, 629. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 416. Troplong, *De la prescription*, II, 857. Demante, *Cours*, II, 546 *bis* II. Demolombe, XII, 788. Voy. en sens contraire : Toullier, III, 629 ; Poncet, *Des actions*, n° 96 ; Favard de Langlade, *Rép.*, v° Servitude, sect. III, § 5, n° 2 ; Solon, n° 553 ; Bélime, *De la possession*, n° 258. C'est vainement qu'on prétend, à l'appui de cette dernière opinion, qu'un titre, quoique émané *a non domino*, neutralise la présomption de précarité dont se trouve entaché l'exercice d'une servitude discontinue ou non apparente. La précarité existe toujours, en effet, à l'égard du propriétaire de l'héritage prétendûment grevé d'une servitude de cette nature, puisque le titre invoqué par son adversaire lui est complétement étranger. Si la jurisprudence et la doctrine admettent que les servitudes discontinues ou non apparentes peuvent, lorsqu'elles sont fondées en titre, former l'objet d'une action possessoire, ce n'est qu'autant que le titre émane du propriétaire de l'héritage servant ou de ses auteurs. Cpr. § 182, texte *in fine*, et note 6 ; § 185, texte n° 3, lett. *b*, notes 27 et 28.

dûment grevé [3]. Il y a mieux : le concours même de ces deux circonstances ne saurait avoir pour effet de rendre possible l'acquisition par prescription de pareilles servitudes [4].

Du reste, la promulgation du titre *des servitudes* n'a porté aucune atteinte aux servitudes discontinues acquises par une prescription trentenaire ou immémoriale, déjà accomplie à cette époque [5], dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière [6]. Art. 691, al. 2.

D'un autre côté, la disposition de l'art. 691 est étrangère aux différents droits d'usage dans les forêts, et notamment à celui de paccage [7].

3° La quasi-possession des servitudes continues et apparentes s'acquiert par l'établissement de l'état de choses que supposent l'existence et l'exercice de la servitude. Elle devient utile pour la prescription à dater de l'achèvement des travaux nécessaires à cet effet [8], et se continue non-seulement par le maintien complet de l'état de choses constitutif de la servitude, mais même au moyen de vestiges non équivoques de son existence antérieure, alors du moins qu'il n'a été détruit ou modifié que par un événement de la nature [9].

Il est indifférent que les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude aient été établis sur l'héritage servant ou sur l'héritage

[3] Voy. pour la justification de cette proposition la note 29 du § 185. Pardessus, II, 276. Duranton, V, 576. Bélime, *op. cit.*, n° 257. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 349, note 1re. Taulier, II, p. 445. Demolombe XII, 789. Civ. cass., 8 août 1837, Sir., 37, 1, 679. Voy. en sens contraire : Proudhon, *De l'usufruit*, VIII, 3583 ; Solon, n° 398 ; Troplong, *op cit.*, II, 857.

[4] Si la contradiction est par elle-même insuffisante pour autoriser la prescription, on ne voit pas comment elle deviendrait efficace en s'appuyant sur un titre non opposable au propriétaire de l'héritage prétendûment grévé. D'ailleurs, dans cette hypothèse, tout aussi bien que dans celle dont il a été question à la note 2 *supra*, il reste toujours certain qu'il n'existe pas de titre constitutif de servitude dans le sens de l'art. 691. Pardessus, *loc. cit.* Duvergier, sur Toullier, III, 729. Demolombe, XII, 791.

[5] Duranton, V, 579. Pardessus, II, 342. Taulier, II, p. 446. Demolombe, XII, 799. Civ. cass., 31 août 1825, Sir., 26, 1, 27. Req. rej., 1er mars 1831, Sir., 31, 1, 263. Civ. cass., 8 août 1857, Sir., 37, 1, 679.

[6] Voy. § 30, texte n° 2, lett. *d*, et note 29 ; § 215 *bis* ; § 746, texte et note 3. Cpr. Demolombe, XII, 800 et 801 ; Bastia, 6 juin 1855, Sir., 55, 2, 496 ; Req. rej., 2 avril 1856, Sir., 56, 1, 774.

[7] Voy. § 185, texte n° 2, et notes 16 à 21.

[8] Arg. art 642. Toullier, III, 634 et 636. Taulier, II, p. 441. Demolombe, XII, 776.

[9] Cpr. § 179, texte n° 2, et note 23.

dominant [10], qu'ils aient été faits par le propriétaire de ce dernier héritage ou par un tiers [11], et que celui-ci ait eu ou non l'intention d'agir dans l'intérêt de l'héritage dominant [12].

La quasi-possession doit, pour conduire à l'usucapion d'une servitude continue et apparente, réunir les caractères exigés par l'art. 2229 [13].

Il faut notamment qu'elle ait été exercée à titre de droit, et non pas seulement par tolérance ou familiarité. Les tribunaux appelés à apprécier, sous ce rapport, le caractère de la possession, doivent tenir compte de l'ensemble des circonstances de la cause, en s'attachant surtout au point de savoir si l'état de choses présenté comme constitutif de servitude était de nature à causer une incommodité réelle au propriétaire de l'héritage prétendûment assujetti, et si ce dernier avait un intérêt sérieux à s'y opposer. La solution négative de ce point de fait devrait, en général et sauf contradiction formelle [14], faire considérer la possession comme n'ayant été exercée qu'à la faveur d'une simple tolérance, et par suite comme inefficace pour fonder l'usucapion. C'est ainsi, par exemple, que l'existence d'ouvertures pratiquées dans un bâtiment ne peut conduire à l'acquisition par prescription d'une servitude de vue, lorsque ces ouvertures ne donnent que sur le toit de la maison voisine [15].

La précarité dont se trouve entaché l'exercice d'une servitude continue et apparente, peut être constatée par un acte de reconnaissance émané du propriétaire de l'héritage dominant. Un pareil acte empêche toute prescription [16], tant de la part de ce dernier

[10] Toullier III, 635. Pardessus, II, 280. Demolombe, XII, 777. Cpr. Req. rej., 2 avril 1854, Sir., 55, 1, 117.

[11] Pardessus, II, 277. Duranton, V, 591. Demolombe, XII, 778.

[12] Demolombe, XII, 779.

[13] Pardessus, II, 276. Solon, nº 396. Demolombe, XII, 774. Nous nous bornerons, pour le développement complet de cette proposition, à renvoyer à la théorie de la possession et à celle de l'acquisition de la propriété par la prescription. Voy. §§ 179 à 181 ; 214, 215 et 217.

[14] Cpr. § 180, texte nº 1, *in fine*, et note 16.

[15] Cpr. § 196, texte, lett. *b*, et note 31. Req. rej., 24 décembre 1838, Sir., 39, 1, 56. Civ. rej., 2 février 1863, Sir., 63, 1, 92. — Voy. sur d'autres applications de la règle posée au texte : 1º § 196, texte, lett. *a*, *in fine*, et notes 17 à 19 ; 2º § 197, texte, lett. *b*, et note 27 ; 3º Req. rej., 6 avril 1841, Sir., 41, 1, 414.

[16] On a voulu soutenir qu'un pareil acte n'opère qu'une simple interruption de la prescription, et que celle-ci recommence à courir immédiatement après la pas-

que de la part de ses successeurs universels [17]; mais il ne pourrait être opposé à ses successeurs particuliers, en tant du moins qu'ils ne se prévaudraient pas de la jouissance de leur auteur, et qu'ils n'invoqueraient que leur propre possession, laquelle, au bout de trente ans, conduirait à l'usucapion de la servitude à leur profit [18].

4° Pour la saine intelligence de l'art. 691, il importe de remarquer que, si l'on ne peut acquérir par prescription une servitude discontinue ou non apparente, rien n'empêche qu'on n'acquière de cette manière la propriété ou la copropriété d'un terrain, uniquement affecté à un usage qui constituerait une servitude de cette nature, s'il était exercé sur le fonds d'autrui.

C'est ainsi que, bien que le droit de pâturage soit en principe une servitude discontinue, et ne puisse à ce titre s'acquérir par prescription [19], le droit de vive et grasse pâture, ainsi que celui de recueillir les secondes herbes, peuvent cependant, selon les circonstances, être considérés comme ayant été exercés à titre de copropriété, et par suite comme susceptibles de s'acquérir par prescription [20]. Il en est de même du simple paccage sur un terrain en nature de brandes, alors du moins qu'à ce fait vient se joindre celui de la coupe et de l'enlèvement de litières, bruyères ou ajoncs [21].

C'est ainsi encore que le passage pratiqué sur des sentiers ou chemins d'exploitation, servant à la desserte de fonds appartenant à des propriétaires différents, peut, et doit même en général, être considéré comme ayant été exercé, non à titre de servitude, mais à titre de copropriété; et ce, en vertu d'une convention tacite ou présumée, constitutive de communauté, convention dont l'exis-

sation de cet acte. Mais c'est là une erreur manifeste. Arg. art. 2231. Cpr. § 215, texte *in fine*. Duranton, XXI, 116. Marcadé, sur l'art. 2220, n° 2. Demolombe, XII, 779 *ter*.

[17] Arg. art. 2237. Cpr. § 181, texte et notes 12 à 14.

[18] Arg. art. 2239. Cpr. § 181, texte *in fine*. Demolombe, *loc. cit.*

[19] Civ. rej., 6 août 1832, Sir., 32, 488. Req. rej., 14 novembre 1853, Sir., 54, 1, 105.

[20] Cpr. § 185, texte n° 3, et note 35. Req. rej., 22 novembre 1841, Sir., 42, 1, 191. Civ. rej., 7 juin 1848, Sir., 48, 1, 569. Req. rej., 6 janvier 1852, Sir., 52, 1, 317.

[21] Cpr. § 185, texte n° 3, et note 34. Civ. cass., 19 novembre 1828, Sir., 29, 1, 109. Req. rej., 8 janvier 1835, Sir., 35, 1, 538. Limoges, 26 mars 1838, Sir., 39, 2, 79. Voy. cep. § 217, texte n° 2, notes 8 et 9; § 221 *bis*, texte, *in fine*, et note 6; Req. rej., 25 janvier 1842, Sir., 42, 1, 972.

tence, au bout de trente années d'exercice du passage, ne peut plus être contestée [22].

5. La distinction établie au numéro précédent sert également à résoudre la question de savoir si un chemin, établi sur des propriétés privées, peut devenir public par l'effet de la prescription.

Cette question doit, par application de l'art. 691, être résolue négativement, en ce sens que de simples faits de passage, en quelque nombre qu'ils se soient produits et pendant quelque laps de temps qu'ils aient été répétés, ne peuvent jamais conduire à l'acquisition par prescription d'une servitude de passage au profit d'une commune ou de ses habitants [23].

Mais si la commune avait fait exécuter sur le chemin des travaux d'art, de réparation, ou d'entretien, ou si encore elle avait à son occasion exercé des actes juridiques de voirie, et qu'elle eût ainsi manifesté, d'une manière non équivoque, l'intention de s'en gérer comme propriétaire, elle acquerrait, par trente années d'usage, à partir de ces faits ou actes, la propriété même du sol sur lequel le chemin se trouve établi [24].

D'un autre côté, la propriété d'un chemin pratiqué de longue date, à travers des fonds privés, par la généralité des habitants d'une commune, peut, même indépendamment de tout titre formel, résulter, au profit de cette dernière, d'anciens plans ou d'autres documents,

[22] Cpr. § 221 *ter*. Req. rej., 29 novembre 1814, Sir., 16, 1, 225. Req. rej., 11 décembre 1827, Sir., 28, 1, 103. Civ. rej., 27 décembre 1830, Sir., 31, 1, 165. Req. rej., 14 janvier 1840, Sir., 41, 4, 88. Civ. cass., 29 mars 1841, Sir., 41, 1, 356. Civ. rej., 12 décembre 1853, Sir., 55, 1, 742. Req. rej., 25 avril 1855, Sir., 56, 1, 396. Poitiers, 15 mai 1856, Sir., 56, 2, 517. Limoges, 2 juillet 1862, Sir., 63, 2, 35. Voy. aussi quant aux avenues : Civ. cass., 26 août 1829, Sir., 29, 1, 380.

[23] Pardessus, I, n° 216, p. 484 et 485. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 95. Garnier, *Des chemins*, p. 301. Demolombe, XII, 797. Grenoble, 27 janvier 1843, Sir., 44, 2, 168. Agen, 23 juillet 1845, Sir., 46, 2, 250. Req. rej., 15 février 1847, Sir., 47, 1, 456. Req. rej., 5 juin 1855, Sir., 56, 1, 444. Rouen, 12 avril 1856, Sir., 57, 2, 347. Chambéry, 12 janvier 1861, *Journal de Grenoble et de Chambéry*, 1861, p. 153. Paris, 11 mars et 23 août 1861, Sir., 61, 2, 497 et 499. Cpr. Req. rej., 16 juin 1858, Sir., 59, 1, 624. Les arrêts qu'on cite ordinairement en sens contraire, ont bien moins envisagé la question au point de vue de l'acquisition par prescription d'une servitude de passage, que sous le rapport des circonstances de nature à entraîner, au profit d'une commune, la présomption de la propriété même du chemin. Voy. ces arrêts à la note 25 *infra*.

[24] Pardessus et Demolombe, *locc. citt.* Proudhon, *Du domaine public*, II, 631 à 634. Grenoble, 27 janvier 1843, Sir., 44, 2, 168.

corroborés par des circonstances locales, et notamment par le fait que le chemin, loin d'être exclusivement affecté à l'exploitation des fonds qu'il traverse, sert, soit de communication entre plusieurs communes ou hameaux, soit d'accès à des lieux publics, tels qu'un cimetière ou une église [25].

Au contraire, l'arrêté de classement, par lequel l'autorité administrative aurait compris un chemin parmi les chemins ruraux d'une commune, ne formerait pas à lui seul titre en sa faveur, et laisserait entière la question de propriété et de possession du chemin [26].

§ 252.

De la constitution des servitudes par destination du père de famille.

La destination du père de famille est, suivant l'art. 693, l'acte par lequel le propriétaire de deux héritages établit entre eux un état de choses qui constituerait une servitude, s'ils appartenaient à des maîtres différents.

Mais l'idée de la destination du père de famille est en elle-même plus générale, et, malgré la rédaction en apparence restrictive de l'art. 693, on doit admettre l'existence de cette destination dans le cas où le propriétaire d'un seul et même fonds établit sur l'une de ses parties une charge au profit de l'autre [1], ainsi que

[25] Pardessus et Proudhon, *locc. citt.* Bourges, 30 janvier 1826, Sir., 27, 2, 62. Req. rej., 14 février 1842, Sir., 42, 1, 363. Civ. cass., 2 décembre 1844, Sir., 45, 1, 24. Lyon, 17 février 1846, Sir., 46, 2, 485. Bordeaux, 11 novembre 1849, Sir., 49, 2, 349. Grenoble, 22 novembre 1860, *Journal de Grenoble et de Chambéry*, 1861, p. 150.

[26] Cpr. § 169, texte et note 10. Crim. cass., 3 mars 1844, Sir., 44, 1, 349. Nancy, 6 août 1845, Sir., 46, 2, 249. Nancy, 13 décembre 1846, Sir., 47, 2, 83. Crim. cass., 1er mars 1849, Sir., 49, 1, 666. Trib. des conflits, 27 mars 1851, Sir., 51, 2, 454. Crim. rej., 18 juin 1853, Sir., 54, 1, 72. Crim. rej., 5 janvier 1855, Sir., 55, 1, 145. Rouen, 12 avril 1856, Sir., 57, 2, 347. Paris, 11 mars 1861, Sir., 61, 2, 497. Déc. en Cons. d'État, 2 septembre 1862, Sir., 62, 2, 489. Voy. en sens contraire : De Raze, *Revue critique*, 1863, XXIII, p. 143.

[1] Il n'y a aucune raison plausible pour distinguer entre le cas où il s'agit de deux héritages, dont l'un est grevé d'une charge au profit de l'autre, et le cas où une partie d'un fonds est assujettie à un service envers l'autre partie de ce même fonds. Si dans les art. 693 et 694 il est parlé de deux héritages, c'est que le législateur s'est placé au moment de la séparation, dont l'effet, même au dernier cas, est de créer deux héritages distincts. Duranton, V, 566. Demolombe, XII, 826. Civ. cass., 13 juin 1814, Sir., 14, 1, 153. Toulouse, 21 juillet 1836,

dans celui où le propriétaire de deux fonds, dont l'un se trouvait grevé d'une servitude envers l'autre avant leur réunion dans sa main, a maintenu cet état de choses [2].

La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes qui sont à la fois continues et apparentes. Art. 692. En d'autres termes, lorsque des héritages, entre lesquels il existe un état de choses constitutif d'une servitude continue et apparente, cessent d'être réunis dans la même main, le service auquel l'un d'eux se trouve assujetti envers l'autre, se transforme en servitude et subsiste désormais avec ce caractère, comme si la servitude avait été constituée par titre.

L'effet attribué à la destination du père de famille est indépendant de la cause qui a opéré la séparation des deux héritages. Il est indifférent qu'elle soit le résultat d'un partage, ou d'un acte d'aliénation [3], et que l'aliénation ait eu lieu volontairement ou forcément [4]. Il y a mieux, la destination du père de famille produirait son effet activement et passivement, dans le cas où le propriétaire des deux héritages aurait perdu la propriété de l'un d'eux par l'effet de la prescription de dix à vingt ans [5].

Sir., 37, 2, 155. Req. rej., 26 avril 1837, Sir., 37, 1, 916. Req. rej., 24 février 1840, Sir., 40, 1, 97. Civ. cass., 17 novembre 1847, Sir., 48, 1, 30. Voy. en sens contraire: Req. rej., 10 mai 1825, Sir., 26, 1, 235. Cpr. aussi Solon, n- 289, 3°; Pardessus, II, 300 *in fine*. Le premier de ces auteurs, tout en rejetant la doctrine exposée au texte dans l'hypothèse prévue par les art. 692 et 693, l'admet pour celle dont s'occupe l'art. 694; tandis qu'à l'inverse Pardessus la repousse précisément dans cette dernière hypothèse.

[2] Celui qui réunit dans sa main deux héritages, dont l'un est grevé d'une servitude envers l'autre, et qui laisse subsister l'état de choses constitutif de cet assujettissement, se l'approprie par là tout aussi bien que s'il l'avait établi lui-même. Delvincourt, I, p. 417. Toullier, III, 609. Pardessus, II, 288. Demante, *Cours*, II, 548 *bis* I. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 252. Demolombe, XII, 814. Bordeaux, 21 février 1826, Sir., 26, 2, 275. Voy. en sens contraire: Duranton, V, 570 et 374; Duvergier, sur Toullier, III, 609, note *a*; Marcadé, sur l'art. 694, n° 3.

[3] L'art. 693 ne s'attache qu'au fait même de la division des deux héritages, autrefois réunis dans une même main, sans s'occuper de la manière dont cette division s'est opérée. Pardessus, II, 289. Marcadé, sur les art. 692 et 693, n° 1. Demolombe, XII, 827.

[4] Solon, n° 390. Demolombe, *loc. cit.* Bourges, 17 janvier 1831, Dalloz, 1831, 2, 171. Civ. cass., 30 novembre 1853, Sir., 54, 1, 679. Cpr. Req. rej., 19 juin 1861, Sir., 63, 1, 133.

[5] Demolombe, XII, 809.

Celui qui invoque la destination du père de famille pour le maintien d'une servitude continue et apparente, n'a pas besoin de produire son titre d'acquisition et de justifier qu'il est le successeur de la personne à laquelle il attribue la destination du père de famille. Il lui suffit de prouver que les deux fonds, actuellement divisés, se sont trouvés réunis dans la main de cette personne, et que c'est par elle que ces fonds ont été mis ou laissés dans l'état duquel résulte la servitude. La preuve de l'un et de l'autre de ces faits peut être administrée par témoins, même sans commencement de preuve par écrit [6].

Les servitudes discontinues, même apparentes, ne peuvent s'acquérir par la seule destination du père de famille. Mais lorsque, par suite d'un acte d'aliénation, de disposition, ou de partage, deux héritages appartenant au même propriétaire viennent à être divisés, et qu'au moment de leur séparation il existe entre eux un signe apparent de servitude [7], la charge manifestée par ce signe revêt désormais le caractère de servitude, pourvu que l'acte d'aliénation, de disposition, ou de partage, ne renferme aucune convention spéciale portant le contraire [8]. Art. 494 [9].

[6] Toullier, III, 610. Duranton, V, 574. Solon, nº 383. Marcadé, sur les art. 692 et 693, nº 2. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 353. Demante, *Cours*, II, 548 *bis* II. Demolombe, XII, 812. Paris, 30 janvier 1810, Sir., 13, 2, 327. Voy. cep. Pardessus, II, 290 et 291. Suivant cet auteur, la preuve testimoniale serait bien admissible pour justifier que c'est par la personne à laquelle est attribuée la destination du père de famille, qu'à été créé ou maintenu l'état de choses constitutif de servitude; mais elle ne le serait plus pour établir que les deux fonds, aujourd'hui divisés, ont appartenu à cette personne. Cette distinction doit être rejetée. Celui qui invoque la destination du père de famille, demandeur sur action confessoire, et non en revendication, n'a point à prouver le droit de propriété de la personne dont émane cette destination; il lui suffit d'établir le fait de la réunion des deux héritages actuellement divisés, et de leur possession simultanée par cette personne. Or, la preuve de ce fait, comme celle de tout autre fait pur et simple, peut évidemment s'administrer par témoins. Cpr. § 762, texte nº 1, notes 5 à 7.

[7] Peu importe que ce signe se trouve dans l'héritage dominant ou dans l'héritage servant. Req. rej., 2 avril 1854, Sir., 55, 1, 117.

[8] Une clause générale *d'affranchissement de toute servitude* serait d'ordinaire, et à moins de circonstances particulières, insuffisante pour empêcher le maintien de la servitude. Demolombe, XII, 825. Req. rej., 2 février 1825, Sir., 25, 1, 363.

[9] Différents systèmes ont été proposés pour concilier l'art. 694, qui se contente d'un signe apparent de servitude, sans exiger le caractère de continuité, avec les art. 692 et 693, qui n'admettent la destination du père de famille qu'à l'égard

La partie qui invoque la disposition de l'art. 694 est tenue de produire l'acte par lequel s'est opérée la séparation des deux hé-

des servitudes tout à la fois continues et apparentes. D'après une première opinion, l'art. 694 ne serait que le complément des art. 692 et 693, et ne s'appliquerait, comme ces derniers, qu'aux servitudes continues et apparentes. Maleville, sur l'art. 694. Delvincourt, I, p. 417 et 418. Favard, *Rép.*, v° Servitude, sect. III, § 4, n° 3. Villequez, *Revue historique*, 1859, V, p. 197. Voy. aussi Toullier, III, 612 et 613. Une seconde opinion, diamétralement opposée à la première, soutient que l'art. 692 doit s'expliquer par l'art. 694, et qu'ainsi il suffit, dans tous les cas, que la servitude soit apparente. Taulier, II, p. 450 et suiv. Ces deux interprétations nous paraissent également inadmissibles : l'une enlève à l'art. 694 toute signification et toute possibilité d'application, l'autre supprime de fait l'art. 692. Une troisième opinion, distinguant entre le cas où la séparation des deux héritages s'est opérée par un partage, et celui où elle a été le résultat d'un acte d'aliénation ou de disposition, applique, d'une manière distributive, les art. 692 et 693 au premier de ces cas, et l'art. 694 au second. Sacaze, *Revue de législation*, 1851, III, 247. Caen, 15 novembre 1836, Sir., 37, 2, 187. Toulouse, 6 janvier 1844, Sir., 44, 2, 444. Toulouse, 11 août 1854, Sir., 55, 2, 609. Metz, 3 juin 1858, Sir., 58, 2, 657. Cette opinion, quoique plus spécieuse que les précédentes, n'en doit pas moins être rejetée, parce que, d'une part, elle restreint arbitrairement la portée de l'art. 693 qui, d'après la généralité de sa rédaction, s'applique à tous les cas où, n'importe par quelle cause, les deux héritages autrefois réunis se sont trouvés séparés, et que d'autre part elle tire, sans aucun motif rationnel, une conséquence exagérée du terme *dispose*, dont le législateur ne s'est évidemment servi dans l'art. 694 que pour arriver à exprimer l'idée de la division des deux héritages par suite d'un acte juridique quelconque, et non pour limiter l'application de cet article au cas où elle s'est opérée par un acte d'aliénation ou de disposition, à l'exclusion de celui où elle a eu lieu par l'effet d'un partage. Ces trois premiers systèmes écartés, il en reste deux autres entre lesquels on peut sérieusement hésiter. Suivant l'un, l'art. 694 s'appliquerait à l'hypothèse où deux héritages, entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, ont d'abord été réunis dans la même main, puis ensuite séparés, de telle sorte que la servitude, éteinte par la réunion, renaîtrait par la séparation. Ce système, fondé sur le texte même de l'art 694 et sur l'application qu'en a donnée le tribun Albisson (Locré, *Lég.*, VIII, p. 395 à 397, nos 16 et 18), est celui que nous avions exposé dans nos premières éditions. Il a été reproduit par Zachariæ (§ 252, texte, *in fine*, et note 9) et Pardessus (II, 288 et 300), qui s'étaient d'abord prononcés, l'un en faveur de la première opinion, l'autre pour la troisième. Voy. également dans ce sens : De Fréminville, *De la minorité*, II, 738 ; Troplong (*Rapport à la Chambre des requêtes*, Sir., 40, 1, 97) ; Marcadé, sur l'art. 694. n° 3 ; Delmarmol (*Revue pratique*, 1863, XVI, p. 54 à 57) et les arrêts de la Cour de Bruxelles qu'il cite ; Lyon, 11 juin 1831, Sir., 32, 2, 123. Enfin, un cinquième et dernier système considère l'art. 694, comme consacrant un mode particulier d'établissement des servitudes discontinues et apparentes, et le fait résulter d'une convention tacite, dont l'existence serait légalement présumée, à raison du signe par lequel se manifeste la servitude et de la destination du père de famille à laquelle elle se rattache.

ritages, afin de pouvoir se placer dans l'hypothèse que prévoit l'article précité [10], et pour rendre possible la vérification du point de savoir si cet acte ne contient aucune stipulation contraire au maintien de la servitude.

Quant aux servitudes non apparentes, elles ne peuvent s'acquérir, ni par la destination seule du père de famille, ni par l'effet de cette destination, accompagnée de la convention tacite que suppose l'art. 694. C'est ce qui a lieu notamment pour la servitude *non ædificandi, vel altius non tollendi* [11].

Demante, *Themis*, VI, p. 473, et *Cours*, II, 549 *bis*. Duranton, V, 570 à 573. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 354. Demolombe, XII, 821. Dupuich, *Revue pratique*, 1862, XIII, p. 209. Toulouse, 21 juillet 1836, Sir., 37, 2, 155. Req. rej., 26 avril 1837, Sir., 37, 1, 916. Douai, 1er juillet 1837, Sir., 38, 2, 22. Req. rej., 24 février 1840, Sir., 40, 1, 97. Limoges, 4 août 1840, Sir., 41, 2, 99. Civ. rej., 8 juin 1842, Sir., 42, 1, 609. Civ. cass., 17 novembre 1847, Sir., 48, 1, 30. Civ. cass., 30 novembre 1853, Sir., 54, 1, 679. Req. rej., 7 avril 1863, Sir., 63, 1, 369. Tout pesé, ce dernier système, bien qu'il ne soit pas à l'abri de toute objection, nous paraît cependant préférable. La raison principale qui nous engage à abandonner celui que nous avions présenté, est qu'il a pour résultat d'imposer à la personne qui se prévaut de l'art. 694, la production du titre par lequel la servitude discontinue avait été originairement constituée, preuve que cet article ne met point à sa charge.

[10] Le terme *dispose*, employé par l'art. 694, quoique s'appliquant, comme nous l'avons établi dans la note précédente, à tout acte juridique quelconque, est nécessairement exclusif du cas où la séparation des deux héritages a eu lieu par l'effet de la prescription. Telle est l'idée que nous avons voulu exprimer au texte, en disant que celui qui invoque l'art. 694 doit produire l'acte par lequel s'est opérée la séparation, afin de pouvoir se placer dans l'hypothèse prévue par cet article.

[11] On a voulu soutenir que la servitude dont il est question au texte, bien que n'étant pas susceptible de s'acquérir directement par la destination du père de famille, pouvait cependant être admise comme conséquence d'une servitude de vue établie par cette destination, par le motif qu'il appartiendrait au juge de régler la portée de cette dernière servitude. Mais c'était là une erreur évidente. La servitude de vue, telle que la loi la comprend en la rangeant dans la classe des servitudes apparentes (voy. art. 689), a sa limite tracée dans les art. 678 et 679, et il n'est pas au pouvoir du juge de dépasser cette limite, en substituant à la servitude de vue, la servitude plus étendue de ne pas bâtir ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée, servitude qui, par cela même qu'elle est occulte, ne peut s'établir que par titre. Ainsi, le propriétaire d'un héritage grevé par destination du père de famille d'une servitude de vue, n'en conserve pas moins la faculté de construire à la distance de 19 ou de 6 décimètres, suivant qu'il s'agit de vues droites ou obliques. Cpr. § 196, texte lett. *b*. Toullier, III, 533. Demolombe, XII, 579. Req. rej., 23 avril 1817, Sir., 17, 1, 336. Pau, 12 décembre 1834, Sir., 35, 2, 303. Caen, 13 mai 1837, Sir., 37, 2, 333. Civ. rej., 15 fé-

Du reste, les servitudes acquises par destination du père de famille, soit en vertu des art. 692 et 693, soit en conformité de l'art. 694, sont opposables aux tiers, indépendamment de toute transcription [12].

§ 253.

Des droits du propriétaire de l'héritage dominant, et des actions qui lui compètent.

A. Les droits du propriétaire de l'héritage dominant se déterminent, en général, d'après les principes suivants :

1° Le propriétaire de l'héritage dominant peut exercer son droit dans toute l'étendue que comportent, d'après l'usage local, les servitudes du genre de celle qui se trouve établie au profit de cet héritage [1].

2° Toute servitude emporte avec elle la faculté d'exercer les servitudes accessoires qui sont indispensables à l'usage de la servitude principale. C'est ainsi que l'établissement d'une servitude de puisage entraîne le droit au passage nécessaire pour arriver au puits servant. Art. 696.

Mais la constitution d'une servitude n'emporte pas virtuellement, et dans tous les cas, concession d'autres servitudes qui,

vrier 1843, Sir., 43, 1, 351. Aix, 18 novembre 1854, Sir., 55, 2, 33. Civ. cass., 10 avril 1855, Sir., 55, 1, 369. Civ. cass., 17 août 1858, Sir., 59, 1, 71. Req. rej., 5 août 1862, Sir., 63, 1, 134. — C'est à tort que, dans une note sur l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 1855, ci-dessus cité, le *Recueil général des lois et arrêts* fait dire à Zachariæ que la servitude de vue ne peut pas non plus s'acquérir par destination du père de famille. Cet auteur, en effet, ne parle pas, à la note 4 du § 252, de la servitude de vue (*ne luminibus officiatur*), mais de la *servitus prospectus*, ce qui est bien différent.

[12] Rivière et François, *Explication de la loi du 23 mars 1855*, n° 38. Lesenne, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, n° 50. Flandin, *De la transcription*, I, 412 à 416. Voy. en sens contraire : Mourlon, *De la transcription*, I, 115 et 116. Suivant cet auteur, celui qui entend se prévaloir de la destination du père de famille, devrait se procurer un acte qui la constate, pour le soumettre ensuite à la formalité de la transcription. Mais cette opinion ne repose que sur une confusion entre les conventions verbales et les conventions tacites ou présumées. Elle ajoute évidemment aux dispositions de la loi, qui n'assujettit à la transcription que les actes constitutifs de droits de servitude, et les jugements déclarant, en vertu d'une convention verbale, l'existence de pareils droits, sans exiger la constatation par écrit de l'établissement des servitudes qui se constituent, indépendamment de toute convention expresse, par le concours de certains faits matériels.

[1] Arg. art. 1135, 1159 et 1160.

quoique de nature à en rendre l'exercice plus commode, ne sont cependant pas indispensables à son usage. C'est ainsi que la servitude d'aqueduc ne comprend pas nécessairement celle de passage [2], ni la servitude de gouttière, celle du tour d'échelle [3].

Les servitudes accessoires n'ont pas d'existence propre et distincte de celle de la servitude principale, de sorte que l'extinction de celle-ci, par une cause quelconque, emporte également extinction des premières, et que l'exercice seul d'une servitude accessoire ne suffit pas pour conserver la servitude principale [4].

3° Le propriétaire de l'héritage dominant a le droit d'exécuter sur l'héritage servant les travaux nécessaires à l'exercice et à la conservation de la servitude; mais il doit en supporter les frais, et ce, dans le cas même où la nécessité des réparations aurait été amenée par un vice inhérent à la nature de l'héritage servant [5]. Art. 697 et 698. Il en est ainsi pour la servitude *oneris ferendi*, comme pour toutes les autres [6].

Cependant, et par exception à la règle *Servitus non in faciendo consistit*, il est permis de stipuler que les frais dont il s'agit seront à la charge du propriétaire de l'héritage servant. Art. 698. Une pareille stipulation, qui peut avoir lieu, soit dans l'acte constitutif de servitude, soit dans un acte postérieur [7], n'engendre qu'une

[2] Demolombe, XII, 832. Civ. rej., 18 juillet 1843, Sir., 43, 1, 833. Riom, 24 janvier 1856, Sir., 56, 2, 591.

[3] Toullier, III, 646. Solon, n° 343. Daviel, *Des cours d'eau*, III, 945. Demolombe, *loc. cit.* Caen, 8 juillet 1826, Sir., 27, 2, 225. Bourges, 3 août 1831, Sir., 32, 2, 131. Bordeaux, 29 décembre 1836, Sir., 38, 2, 132. Cpr. § 238, texte et note 8.

[4] Demolombe, XII, 831.

[5] Req. rej., 7 décembre 1859, Sir., 60, 1, 333.

[6] En Droit romain, le propriétaire d'un mur grevé de la servitude *oneris ferendi* était, du moins suivant l'opinion de la grande majorité des auteurs, de plein droit tenu d'entretenir ce mur en état de supporter la charge de l'édifice dominant. L. 6, § 2, D. *si serv. vind.* (8, 5). Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, § 6, p. 55. M. Duranton (V, 503) enseigne que la loi précitée doit encore être suivie aujourd'hui. Mais cette opinion est inadmissible en présence de l'art. 698 qui, sans distinguer entre les diverses espèces de servitudes, met, sauf stipulation contraire, à la charge du propriétaire de l'héritage dominant, les frais des travaux nécessaires à l'exercice et à la conservation de la servitude. Toullier, III, 665. Solon, n° 572. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 359. Demante, *Cours*, II, 555 *bis* I. Demolombe, XII, 874.

[7] Pardessus, I, 67. Demolombe, XII, 876. — Il est bien entendu que si cet acte postérieur n'avait pas été transcrit, la stipulation qu'il renferme ne pourrait être opposée aux tiers.

obligation réelle, dont le propriétaire du fonds servant est, nonobstant toute renonciation contraire [8], admis à s'affranchir, pour le passé aussi bien que pour l'avenir [9], par l'abandon de ce fonds [10] au propriétaire du fonds dominant. Art. 699. Mais aussi cette obligation passe-t-elle, comme participant de la nature même du

[8] Une pareille renonciation serait illicite, parce qu'elle transformerait en un service imposé à la personne une obligation que la loi n'admet qu'à titre de charge réelle. Art. 686. Duranton, V, 615. Demante, *Cours*, II, 555 *bis* I. Demolombe, XII, 881. Voy. en sens contraire : Pardessus, I, 69.

[9] Cpr. Pardessus, II, 316. Voy. en sens contraire : Demolombe, XII, 883. Notre savant collègue se fonde sur ce que l'obligation d'entretenir et de réparer, imposée au propriétaire du fonds servant, forme une conséquence inséparable de son droit de propriété, conséquence que l'abandon de ce droit ne peut pas faire disparaître pour le passé. Nous répondrons que si l'exécution de l'obligation dont s'agit ne peut être poursuivie que contre le propriétaire de l'héritage servant, elle ne découle cependant pas de son droit de propriété, mais bien de la convention par laquelle elle a été imposée, et que la faculté d'abandon, dont ce dernier n'a aucun intérêt à user tant qu'il n'y a pas de réparation à faire, lui a été précisément accordée comme moyen de se soustraire à l'engagement de les exécuter.

[10] Cet abandon doit incontestablement porter sur le fonds assujetti tout entier. Mais il peut se présenter des circonstances dans lesquelles il sera assez difficile de déterminer ce qu'on doit entendre par *fonds assujetti*, ou, en d'autres termes, de décider si la servitude affecte l'héritage tout entier, ou seulement une partie déterminée de l'héritage. Nous admettons, avec MM. Pardessus (II, 316) et Demolombe (XII, 883), que, dans le cas où il s'agit d'un mur destiné à soutenir une terrasse ou une digue, ce n'est pas seulement le mur ou la digue qui se trouvent assujettis, mais l'héritage tout entier sur lequel l'un ou l'autre sont établis, et qu'ainsi le propriétaire de cet héritage ne pourrait s'affranchir de l'obligation de faire les réparations devenues nécessaires, en offrant d'abandonner seulement le mur ou la digue. Voy. aussi dans ce sens : Montpellier, 11 mai 1858, Sir., 59, 2, 33. Mais, contrairement à l'opinion des auteurs ci-dessus cités, nous pensons que, lorsqu'il est question d'une servitude de passage, il n'y a d'assujetti, du moins dans le sens de l'art. 699, que la partie du fonds sur laquelle est assis le passage, peu importe que son assiette ait été déterminée par le titre constitutif de la servitude ou par un réglement postérieur. Voy. L. 13, § 1, D. *de serv. præd. rust.* (8, 3). Si, dans cette hypothèse, le propriétaire du fonds servant peut être éventuellement tenu de fournir un autre passage en remplacement de celui qui serait devenu impossible, cette éventualité ne doit pas le priver de la faculté de se soustraire à l'obligation d'entretenir le chemin actuellement existant en en faisant l'abandon. Autrement cette faculté, qui cependant est de l'essence de l'obligation dont s'agit, et à laquelle il n'est pas permis de renoncer, pourrait devenir complétement illusoire. Voy. en ce sens : Toullier, III, 680 ; Duranton, V, 615 ; Marcadé, sur les art. 697 à 699, nº 2 ; Demante, II, 555 *bis* II. Cpr. aussi Maleville, sur l'art. 699.

droit de servitude, aux propriétaires successifs de l'héritage servant [11].

Les règles qui viennent d'être exposées sont d'ailleurs sujettes à modification, lorsque c'est par la faute, soit du propriétaire du fonds servant, soit du propriétaire du fonds dominant, que les travaux sont devenus nécessaires. Au premier cas, ils sont à la charge du propriétaire du fonds servant, indépendamment de toute stipulation; et au second, ils doivent, nonobstant la convention qui les a mis à la charge de ce dernier, être faits aux frais du propriétaire du fonds dominant [12].

4° La servitude n'existant qu'au profit du fonds dominant, dont elle forme une qualité active, elle ne peut en être détachée, sous une forme quelconque, pour être reportée sur d'autres fonds appartenant, soit à des tiers, soit même au propriétaire de l'héritage dominant [13].

5° L'exercice de la servitude ne peut excéder les besoins de l'héritage dominant, eu égard à son étendue à l'époque où elle a été constituée. Le bénéfice d'une servitude ne saurait donc être appliqué par voie d'extension à des fonds que le propriétaire de l'héritage dominant y aurait ultérieurement réunis.

Toutefois, on ne devrait pas considérer comme une extension abusive la simple communication à d'autres fonds du bénéfice de la servitude, en tant que cette communication ne serait que la suite ou le résultat de l'exercice légitime du droit appartenant au pro-

[11] Nous croyons devoir rétracter l'opinion contraire que nous avions émise dans nos premières éditions, non cependant que nous y soyons déterminés par les arguments mis en avant pour la combattre, et qui résolvent plus ou moins la question par la question. Mais un examen plus attentif des art 698 et 699 nous a fait reconnaître que le législateur s'occupe bien moins dans ces articles des rapports du stipulant et du promettant, que de ceux des propriétaires des héritages dominant et servant, quels qu'ils puissent être à l'époque où se présente la nécessité des travaux que réclament la conservation et l'usage de la servitude; ce qui suppose que l'obligation de supporter les frais de ces travaux, contractée par celui qui a constitué la servitude, passe à tous les propriétaires de l'héritage servant. Delvincourt, I, p. 419. Pardessus, I, 67. Duranton, V, 613. Zachariæ, § 253, note 5. Marcadé, sur les art. 697 à 699, n° 1. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 359. Demante, II, 555 *bis* I. Demolombe, XII, 880. Lyon, 24 février 1858, Sir., 59, 2, 495. Civ. rej., 7 mars 1859, Sir., 59, 1, 904.

[12] Arg. art. 1382 et 1383. Cpr. Demolombe, XII, 879; Req. rej., 7 décembre 1859, Sir., 60, 1, 333. Voy. aussi § 254.

[13] Cpr. § 247, texte et note 15. Demolombe, XII, 847.

priétaire du fonds dominant. C'est ainsi que celui auquel compète une servitude de prise d'eau ou d'aqueduc, peut donner aux eaux, à la sortie de son héritage, une direction qui aura pour résultat d'en procurer l'avantage à d'autres fonds appartenant à lui-même ou à des tiers [14].

6° De même que la servitude ne peut être exercée que dans l'intérêt du fonds dominant, de même aussi elle ne peut l'être que pour les besoins en vue desquels elle a été établie.

Lors donc que la servitude a été limitativement constituée pour un usage déterminé, il n'est pas permis de l'exercer pour d'autres usages. C'est ainsi que celui qui a acquis une servitude de prise d'eau pour l'irrigation, ne peut en user pour le roulement d'une usine [15]; et que celui qui a acquis une pareille servitude pour faire marcher un moulin à tan ou à foulon, ne peut s'en servir pour faire mouvoir un moulin à huile ou à blé, devant faire concurrence à celui qui se trouve sur le fonds servant [16].

Que si la servitude avait été établie d'une manière générale, et sans limitation à tel ou tel usage, elle pourrait être exercée pour tous les besoins du fonds dominant, alors même qu'ils auraient reçu plus d'extension par suite de changements opérés dans ce fonds. C'est ainsi que celui qui a acquis un droit de passage, dont l'exercice n'a pas été restreint aux usages que réclamaient la nature et la destination du fonds servant lors de l'établissement de la servitude, est autorisé à en user pour le service d'un nouveau mode d'exploitation de ce fonds, et même pour celui de bâtiments qu'il y aurait ultérieurement construits [17].

[14] Cœpolla, *De servitutibus*, I, cap. XIV, n° 16. Pardessus, I, 59. Demolombe, XII, 848. Caen, 5 décembre 1827, Sir., 30, 2, 206. Req. rej., 23 avril 1856, Sir., 56, 1, 575. Cpr. aussi Req. rej., 24 février 1844, Sir., 44, 1, 658; Req. rej., 5 janvier 1858, Sir., 58, 1, 288.

[15] Demolombe, XII, 849. Req. rej., 5 mai 1857, Sir., 57, 1, 335.

[16] Req. rej., 15 janvier 1834, Sir., 34, 1, 491. Req. rej., 9 décembre 1839, Sir., 39, 1, 918. Voy. cep. Req. rej., 6 mars 1849, Sir., 49, 1, 499. Ce dernier arrêt nous paraît avoir confondu une question d'extension de la servitude à des usages en vue desquels elle n'avait pas été établie, avec une question de simple aggravation, et, d'un autre côté, avoir contrevenu à la maxime *Tantum præscriptum, quantum possessum.* En effet, dans l'espèce sur laquelle il a statué, il ne s'agissait pas d'une servitude ayant seulement pour objet le passage des eaux, mais avant tout d'une servitude de prise d'eau, qui n'avait été acquise par prescription que pour les besoins de l'irrigation. Cpr. encore sur d'autres applications de la règle posée au texte : Bordeaux, 25 mai 1830, Sir., 30, 2, 248; Lyon, 27 juin 1849, Sir., 50, 2, 179.

[17] Caen, 27 août 1842, Sir., 43, 2, 101. Rouen, 11 mars 1846, Sir., 46, 2,

7° Le propriétaire de l'héritage dominant, tout en n'usant de la servitude que pour les besoins en vue desquels elle a été établie, est en outre tenu de s'abstenir de tous changements de nature à aggraver la condition de l'héritage servant. Art. 702. Toutefois, ce principe ne doit pas être appliqué avec trop de rigueur; le propriétaire de l'héritage servant n'est en droit de se plaindre qu'autant que le changement opéré lui cause un préjudice sensible [18].

La seule circonstance que l'héritage dominant viendrait à être habité par un plus grand nombre de personnes, ne constituerait pas une aggravation de la servitude de passage ou de puisage. Il en serait de même, pour la servitude de pacage, de l'augmentation des bestiaux attachés à l'exploitation du fonds dominant [19].

B. Les règles qui viennent d'être développées ne doivent recevoir leur application que sauf les particularités résultant du titre, de la possession, ou de la destination du père de famille.

1° Lorsqu'une servitude a été constituée par un acte juridique, soit entre-vifs, soit à cause de mort, c'est aux clauses du titre, expliquées au besoin d'après les règles générales sur l'interprétation des conventions ou des testaments, qu'il faut s'attacher en premier lieu pour déterminer l'étendue et le mode d'exercice de la servitude [20], en tenant compte cependant des modifications qui pourraient être le résultat de la prescription.

Cette règle, spécialement appliquée à la servitude de vue (*ne luminibus officiatur*), conduit à reconnaître que celui qui a concédé la faculté d'ouvrir des vues sur son fonds, s'étant par cela même tacitement engagé à ne pas rendre sa concession inutile, ne peut élever des constructions qui obstrueraient les vues ouvertes par le propriétaire de l'héritage dominant. Quant à la distance à laquelle

472. Agen, 4 juillet 1856, Sir., 57, 2, 65. Cpr. Bordeaux, 22 décembre 1851, Sir., 52, 2, 44. Cet arrêt, sainement entendu, n'est pas contraire à notre doctrine : la solution qu'il donne se rattache à cette idée qu'une servitude acquise par prescription doit être restreinte dans les limites de la possession.

[18] Cpr. Metz, 12 juin 1807, Sir., 7, 2, 188; Riom, 25 janvier 1829, Sir., 29, 2, 180; Req. rej., 17 mai 1843, Sir., 43, 1, 811; Req. rej., 20 décembre 1858, Sir., 59, 1, 799. — Par arrêt du 4 juillet 1856 (Sir., 57, 2, 65), la Cour d'Agen a même décidé qu'il n'y a pas aggravation de la servitude de passage dont jouit un bâtiment, lorsqu'il est converti en maison de tolérance.

[19] Req. rej., 30 décembre 1839, Sir., 40, 1, 513.

[20] Merlin, *Quest.*, v° Servitude, § 3. Toullier, III, 654. Pardessus, II, 270. Demolombe, XII, 866. Civ. rej., 5 novembre 1856, Sir., 56, 1, 856. Req. rej., 26 janvier 1858, Sir., 59, 1, 73.

il est obligé de se tenir pour bâtir sur son fonds, elle doit, lorsque le titre ne la détermine ni explicitement ni implicitement, être fixée à 19 ou à 6 décimètres, suivant qu'il s'agit de vues droites ou obliques [21].

2° Lorsqu'une servitude a été acquise par prescription, l'étendue et les effets de cette servitude se déterminent d'après la règle *Quantum possessum, tantum prœscriptum*, de telle sorte que le propriétaire du fonds dominant ne peut l'exercer que dans les limites et sous les restrictions qui ont accompagné la possession [22].

La possession sert également à déterminer l'étendue et le mode d'exercice d'une servitude établie par titre, lorsque le titre est muet à cet égard, et que la servitude a été exercée d'une manière uniforme pendant un certain temps. Il en est ainsi, même pour les servitudes qui ne sont pas susceptibles d'être acquises par prescription. La possession qui a sa cause dans un titre, devant être présumée conforme aux intentions des parties dont il émane, n'est invoquée, en pareil cas, que comme moyen d'interprétation de ce titre [23].

D'un autre côté, même en présence d'un titre formel qui détermine les limites de la servitude, une possession dépassant ces limites a pour effet, au bout de trente années, d'augmenter l'étendue de la servitude, lorsque, d'ailleurs, celle-ci est susceptible d'être acquise par prescription [24].

Enfin, l'usage incomplet d'une servitude pendant le temps requis pour la prescription peut, suivant les circonstances, avoir pour effet de restreindre l'étendue originaire de toute espèce de servitude [25].

[21] Arg. art. 1135 et 1160, cbn. 678 et 679. Toullier, III, 533. Duranton, V, 520. Pardessus, II, 237 et 312. Demante, *Cours*, II, 535 *bis* I. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 321. Solon, n° 277. Demolombe, XII, 578. Civ. cass., 24 juin 1823, Sir., 24, 1, 26. Civ. rej., 26 juillet 1831, Sir., 31, 1, 346. Req. rej., 7 mars 1855, Sir., 56, 1, 392.

[22] L. 14. D. *si serv. vind.* (8, 5). Demolombe, XII, 867. Req. rej., 15 janvier 1834, Sir., 34, 1, 491. Civ. cass., 1er juillet 1861, Sir., 62, 1, 81.

[23] Pardessus, II, n° 286, p. 115 et 116. Solon, n° 402. Demolombe, XII, 866. Req. rej., 8 novembre 1824, Sir., 25, 1, 242. Req. rej., 29 février 1832, Sir., 32, 1, 260. Civ. rej., 19 avril 1842, Sir., 42, 1, 442.

[24] Rien n'empêche en effet de prescrire au delà ou en dehors de son titre. Voy. § 217, texte et note 3. Voy. aussi art. 708. Toullier, III, 700. Duranton, V, 606. Pardessus, II, 286. Proudhon et Curasson, *Des droits d'usage*, 1, 103 et 105. Dupret, *Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 818 à 821. Demolombe, XII, 783 à 784 *bis*. Req. rej., 9 novembre 1826, Sir., 27, 1, 29.

[25] Voy. pour le développement de cette proposition, § 255.

3° Lorsqu'une servitude a été établie par destination du père de famille, son étendue et ses effets se déterminent d'après l'intention présumable du propriétaire qui a mis les choses dans l'état d'où résulte la servitude. Cette intention doit être appréciée eu égard à l'ensemble des circonstances dans lesquelles a été créée la charge qui, plus tard, s'est trouvée transformée en servitude[26].

C. Si l'héritage dominant vient à passer d'un propriétaire unique à plusieurs propriétaires, chacun de ces derniers est en droit d'exercer la servitude, à charge d'en user de manière à ne point aggraver la condition du fonds servant. Arg. art. 700.

Cette règle s'applique non-seulement au cas où l'héritage dominant est possédé en commun par les divers copropriétaires, mais encore à celui où il se trouve divisé entre eux par suite de partage ou d'aliénation partielle[27].

D'un autre côté, il n'y a pas lieu de distinguer entre les servitudes qui, tel qu'un droit de prise d'eau pour l'irrigation, profitent directement à l'héritage dominant, et celles qui ne lui profitent qu'indirectement par les avantages qu'elles procurent aux personnes qui occupent cet héritage.

Ainsi, une servitude de passage constituée au profit d'un fonds qui appartenait originairement à une seule personne, peut être exercée par tous les copropriétaires actuels de ce fonds, ou par les propriétaires exclusifs des différents lots qui le composent. Seulement, doivent-ils tous pratiquer le passage par le même endroit. Art. 700.

Ainsi encore, les copropriétaires d'une maison, ou les propriétaires exclusifs de ses différents étages, sont tous autorisés à exercer la servitude de puisage établie au profit de cette maison, sans pouvoir être réduits à ne prendre que la quantité d'eau dont se servait le propriétaire originaire[28].

D. L'action qui compète au propriétaire de l'héritage dominant pour faire reconnaître l'existence de la servitude, et faire lever les

[26] Demante, *Cours*, II, 553. Demolombe, XII, 868. Civ. rej. 26 juillet 1831, Sir., 31, 1, 346.

[27] L. 23, § 3, D. *de serv. præd. rust.* (8, 3). Demolombe, XII, 858 et 859. Aix, 18 novembre 1854, Sir., 55, 2, 33.

[28] A moins que le contraire ne résulte du titre constitutif, une servitude de puisage doit, en effet, être considérée comme ayant été établie pour l'usage de la maison, eu égard aux besoins de tous ceux qui viendraient à l'habiter, et non pas seulement pour les besoins personnels du propriétaire originaire. Demolombe, XII, 860. Voy. en sens contraire : Pardessus, I, 63.

obstacles qui s'opposent à son exercice, se nomme *action confessoire*. On y applique par analogie les règles relatives à la revendication [29].

Le propriétaire de l'héritage dominant peut aussi actionner au possessoire ceux qui le troublent dans l'exercice de son droit, lorsque la servitude est tout à la fois continue et apparente, ou lorsque la servitude étant, soit discontinue, soit non apparente, il produit, à l'appui de sa quasi-possession, un titre émané du propriétaire de l'héritage servant ou de ses auteurs [30].

§ 254.

Des obligations et des droits du propriétaire de l'héritage servant.

1° Le propriétaire de l'héritage servant doit, si la servitude est négative, s'abstenir des actes de disposition ou de jouissance qu'elle a pour objet d'empêcher; et, si elle est affirmative, il est tenu de souffrir, de la part du propriétaire de l'héritage dominant, tout ce qu'elle autorise ce dernier à faire.

Il lui est en outre interdit, dans l'un ou l'autre cas, de rien entreprendre qui soit de nature à diminuer les avantages de la servitude, ou à en rendre l'exercice moins commode. Art. 701, al. 1 et 2. C'est ainsi que le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude de passage, ne peut mettre en culture la bande de terrain sur lequel le passage s'effectue [1], et que le propriétaire d'une cour grevée d'une servitude de vue, ne peut faire couvrir cette cour d'un toit en vitrage, établi au-dessus des croisées par lesquelles s'exerce la vue [2].

Le propriétaire de l'héritage servant, qui a fait exécuter des travaux contraires à l'exercice de la servitude, est tenu de rétablir, à ses frais, les choses dans leur ancien état, et peut même, le cas échéant, être condamné à des dommages-intérêts. Que si l'héritage servant avait passé dans les mains d'un successeur particulier, celui-ci serait bien obligé de souffrir le rétablissement de l'ancien état de choses; mais il ne pourrait être condamné à le

[29] Cpr. L. 2, D. *si serv. vind.* (8, 5). Pardessus, II, 330 et suiv.

[30] Cpr. § 182, texte n° 2; § 185, texte n° 3, notes 26 à 30.

[1] Metz, 19 janvier 1858, Sir., 58, 2, 460.

[2] Civ. cass., 15 janvier 1840, Sir., 40, 1, 251. Voy. aussi Civ. cass., 18 mai 1835, Sir., 35, 1, 712. Cpr. cep. Req. rej., 8 juillet 1857, Sir., 58, 1, 672.

faire opérer à ses frais et ne serait passible d'aucuns dommages-intérêts[3], sauf au propriétaire de l'héritage dominant à récupérer ces frais et dommages-intérêts contre l'auteur des travaux qui forment obstacle à l'exercice de la servitude.

2° Sous la réserve de l'obligation de tolérer ou de s'abstenir qui découle de la servitude, le propriétaire de l'héritage servant conserve l'exercice de toutes les facultés inhérentes à la propriété. Il suit de là que le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude de passage conserve la faculté de se clore, de manière cependant à ne pas gêner l'exercice de la servitude[4], ainsi que celle d'élever des constructions au-dessus du sol affecté au passage, à la condi-

[3] L. 6, §§ 5 et 7; LL. 12 et 13. D. *de aqu. et aqu. pluv. arc.* (39, 3). La solution contraire est cependant défendue par M. Demolombe (XII, 895), qui se fonde, en premier lieu, sur ce que l'obligation de ne rien faire de contraire au droit de servitude, est réelle comme le droit dont elle découle, et se transmet ainsi, avec toutes ses conséquences, aux successeurs même particuliers. Cette argumentation ne repose, à notre avis, que sur une confusion. L'obligation de ne rien faire de contraire à la servitude est réelle sans doute, en ce sens que le successeur particulier ne doit pas y contrevenir, et qu'il est même tenu de souffrir la destruction des obstacles que son auteur à apportés à l'exercice de la servitude; mais il en est autrement de l'obligation de réparer le dommage causé par le fait illicite de ce dernier. L'accomplissement de cette obligation, toute personnelle, ne peut être poursuivi que contre celui qui a occasionné le dommage: il serait aussi contraire aux principes généraux du Droit, qu'à la maxime *Servitus nunquam in faciendo consistit*, de rendre le successeur particulier responsable d'un fait qu'il n'a pas commis, et de le soumettre à l'obligation positive d'en faire disparaître les résultats. En vain, également, notre savant collègue invoque-t-il la disposition de l'art. 698. Si, par exception à la maxime précitée, l'obligation conventionnellement imposée au propriétaire du fonds servant, de faire les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude, passe au successeur particulier, ce n'est point un motif pour attacher le même effet à l'obligation de réparer les conséquences d'un fait délictueux. Ce qui le prouve d'une manière péremptoire, c'est que, d'après M. Demolombe lui-même, l'exécution de cette dernière obligation peut être poursuivie contre l'auteur des travaux faisant obstacle à l'exercice de la servitude, même après qu'il a cessé d'être propriétaire de l'héritage servant, tandis qu'il n'en est plus ainsi dans l'hypothèse prévue par l'art. 698. Quant à l'arrêt de la Cour de cassation (Req. rej., 16 avril 1838, Sir., 38, 1, 756), cité en faveur de l'opinion que nous combattons, il a été rendu dans une espèce particulière, et s'explique par la circonstance que le propriétaire de l'héritage dominant, placé dans l'impossibilité de rétablir l'ancien état de choses, se trouvait réduit à réclamer une indemnité, qui a pu être adjugée contre le nouveau propriétaire de l'héritage servant, parce qu'il profitait d'un changement ayant entraîné de fait la cessation de la servitude.

[4] Voy. les autorités citées au § 191, texte et note 17.

tion de lui laisser la hauteur, la largeur, la lumière et l'air nécessaires à son exercice[5].

Il y a mieux, le propriétaire du fonds assujetti ne perd pas, à moins de convention contraire, le droit de faire servir ce fonds aux mêmes usages qu'à ceux qui forment l'objet de la servitude. C'est ainsi que celui dont le fonds est grevé d'une servitude de passage ou de pacage, conserve en général la faculté d'y passer lui-même ou d'y faire paître ses bestiaux, et que celui dont le puits est soumis à une servitude de puisage, conserve la faculté d'y puiser l'eau qui lui est nécessaire[6]. Seulement, le propriétaire de l'héritage servant doit-il, en pareil cas, contribuer dans la proportion de sa jouissance aux frais des réparations que nécessiterait cette communauté d'usage[7].

D'un autre côté, le propriétaire de l'héritage servant est autorisé à faire sur son fonds tous les travaux qui, sans aucunement gêner l'exercice de la servitude et sans en amoindrir l'utilité, auraient simplement pour résultat de la lui rendre moins onéreuse[8].

Il peut, dans le même but, provoquer le règlement de la servitude, lorsque la manière dont elle est exercée lui enlève la faculté de tirer parti de son héritage, et qu'il est possible d'y substituer un mode moins préjudiciable à ses intérêts, sans priver le propriétaire de l'héritage dominant des avantages auxquels il a droit[9]. C'est ce qui pourrait se présenter par exemple à l'occasion d'une servitude ayant pour objet l'extraction de sable ou de terre argileuse.

Il semble même qu'on doive reconnaître au propriétaire de l'héritage servant, la faculté d'y faire des constructions ou ouvrages qui, tout en changeant le mode d'exercice de la servitude, n'en diminueraient pas l'utilité et ne causeraient aucun préjudice au propriétaire de l'héritage dominant[10].

[5] Rouen, 22 mai 1837, Sir., 56, 2, 666, à la note. Aix, 19 janvier 1855, Sir., 56, 2, 666.

[6] Demolombe, XII, 887. Cpr. Req. rej., 30 décembre 1839, Sir., 40, 1, 513.

[7] Pardessus, I, 66. Solon, nº 576. Daviel, *Des cours d'eau*, II, 908. Demolombe, XII, 888. Cpr. Caen, 23 janvier 1849, Sir., 49, 2, 718.

[8] Demolombe, XII, 893.

[9] Cette proposition n'est pas plus contestable que la précédente; elle est une conséquence du principe que toute servitude doit être exercée *civiliter*.

[10] Arg. art. 701, al. 3. Demolombe, XII, 901. Montpellier, 23 juillet 1846, Sir., 47, 2, 405. Cpr. cep. Req. rej., 19 mai 1824, Sir., 35, 2, 461, à la note.

Enfin, la loi donne au propriétaire de l'héritage servant la faculté de demander le déplacement à ses frais de l'assiette de la servitude, lorsque l'assignation primitive lui est devenue plus onéreuse, ou l'empêche d'améliorer son héritage, à la condition d'offrir au propriétaire de l'héritage dominant un endroit aussi commode pour l'exercice de la servitude. Art. 701, al. 3. Cette faculté est imprescriptible ; elle peut être invoquée par celui-là même qui y a renoncé, alors du moins que le propriétaire de l'héritage dominant n'a aucun intérêt appréciable à s'opposer à son exercice[11].

Le doute qui pourrait s'élever sur l'étendue des restrictions apportées par la servitude à la liberté de l'héritage servant, doit se résoudre en faveur de cette liberté. C'est ainsi que la renonciation au droit d'élever des constructions sur un terrain, n'emporte pas en général renonciation au droit de se clore[12].

§ 255.

Des différentes manières dont les servitudes s'éteignent.

A. Toute servitude cesse, lorsqu'elle n'a plus aucun objet d'utilité pour l'héritage dominant[1], ou que l'exercice en devient matériellement et absolument impossible à raison de changements survenus, soit à l'héritage dominant, soit à l'héritage servant. Art. 703.

Il est indifférent que ces changements proviennent d'un événement de la nature, ou d'un fait licite de la part d'un tiers. Ainsi,

[11] La loi, en donnant au propriétaire de l'héritage servant la faculté de demander le déplacement de la servitude, l'a fait bien moins dans un intérêt purement privé, que dans l'intérêt général de la propriété. On doit, d'ailleurs, supposer que la renonciation à cette faculté a été demandée et consentie en vue de l'éventualité d'un intérêt quelconque pour l'héritage dominant. Demolombe, XII, 905. Pau, 9 février 1835, Sir., 35, 2, 460.

[12] Req. rej., 9 août 1853, Sir., 54, 1, 253. Metz, 9 mars 1859, Sir., 60, 2, 410.

[1] Un changement qui n'enlèverait pas à la servitude toute espèce d'utilité, serait insuffisant pour la faire cesser. Ainsi, la servitude *altius non tollendi vel non ædificandi* ne cesse pas par cela seul qu'une voie publique, nouvellement établie, vient séparer le fonds dominant et le fonds servant. Demolombe, XII, 967. Paris, 11 novembre 1833, Sir., 37, 1, 980. Civ. cass., 7 mai 1851, Sir., 51, 1, 409. Dijon, 9 janvier 1852, Sir., 52, 2, 127. — Cpr. aussi Dijon, 24 août 1843, Sir., 43, 2, 496 ; Req. rej., 27 février 1844, Sir., 44, 1, 658 ; Req. rej., 9 décembre 1857, Sir., 59, 2, 843.

par exemple, une servitude de puisage cesse lorsque le puits qui en est grevé vient à tarir, soit par des causes purement naturelles, soit par l'effet de fouilles qu'un tiers a pratiquées dans son fonds[2].

Mais si l'impossibilité d'exercer la servitude provenait de changements opérés, soit par le propriétaire de l'héritage dominant, soit par le propriétaire de l'héritage servant, soit enfin par un tiers agissant en dehors des limites de son droit, la servitude ne cesserait pas dans le sens de l'art. 703, et le sort en serait réglé par les art. 606 et 607[3].

La cessation de la servitude dans l'hypothèse prévue par l'art. 703, bien qu'étant de droit et non pas seulement de fait, n'est cependant pas définitive; et la servitude revit, lorsque les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user[4]. Art. 704. Elle ne s'éteint définitivement que par la prescription de trente ans, qui commence en général à courir du jour même où s'est produite l'impossibilité d'exercer la servitude, peu importe qu'elle soit discontinue ou continue[5], et qu'il ait ou non dépendu du propriétaire

[2] Voy. encore Toullier, III, 684; Demolombe, XII, 965 et 966; Civ. cass., 18 mai 1838, Sir., 38, 1, 570.

[3] Pardessus, II, 294. Demolombe, XII, 971. Toutefois, ces auteurs font rentrer sous l'application de l'art. 703, l'hypothèse où l'exercice de la servitude est devenu impossible à raison de changements opérés par le propriétaire du fonds dominant. A notre avis, ce point de vue n'est pas exact. Le propriétaire du fonds dominant, restant le maître de faire disparaître, d'un moment à l'autre; l'obstacle qui s'oppose à l'exercice de la servitude, on ne saurait dire qu'il y a, dans ce cas, cessation du droit de servitude.

[4] Il n'est pas nécessaire que les choses soient identiquement remises dans le même état qu'auparavant; il suffit qu'elles soient rétablies de manière qu'on puisse de nouveau user de la servitude. Marcadé, *Revue critique*, 1852, II, p. 72. Demolombe, XII, 974. Req. rej., 21 mai 1851, Sir., 51, 1, 406. Bordeaux, 14 août 1855, Sir., 56, 2, 683. Cpr. aussi sur l'art. 704 : Req. rej., 30 décembre 1839, Sir., 40, 1, 513.

[5] L'art. 704 se référant à l'art. 707, on pourrait, au premier abord, penser que, quand il s'agit de servitudes continues, la prescription ne commence à courir, même dans l'hypothèse dont il est ici question, que du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude; et c'est aussi ce qu'a cherché à établir M. G. Demante (*Revue de Droit français et étranger*, 1850, VII, p. 577, note 1re). Mais cette induction ne nous paraît pas exacte, dans le cas du moins où il n'existe plus aucun vestige de la servitude. En effet, si, pour faire courir la prescription contre une servitude continue, la loi exige dans les circonstances ordinaires un acte contraire à la servitude, c'est parce que, les servitudes de ce genre s'exerçant par elles-mêmes, un acte contraire devient indispensable pour faire commencer le non-usage. Or, cette raison n'existe plus lorsque la servitude

de l'héritage dominant de rétablir les choses dans leur ancien état[6]. Toutefois, s'il était resté sur l'héritage servant des vestiges de la servitude, la quasi-possession de celle-ci se conserverait par ces vestiges, et la prescription ne commencerait à courir que du jour de leur destruction[7]. Du reste, la prescription dont il est ici question, est régie par les règles ordinaires, notamment en ce qui concerne la suspension et l'interruption[8]. Ainsi, elle ne court,

a cessé par l'impossibilité de l'exercer. Le renvoi que fait l'art. 704 à l'art. 707 pourrait, du reste, s'expliquer en ce sens que, si le non-usage avait commencé avant l'événement qui a rendu impossible l'exercice de la servitude, la prescription prendrait son cours, non pas seulement à dater de cet événement, mais à partir du non-usage, suivant la distinction établie par l'art. 707. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 364. Demante, *Cours*, II, 562 *bis* V. Demolombe, XII, 980.

[6] Nous avions enseigné dans nos premières éditions que la servitude revit, même après trente années, lorsqu'il n'a pas été au pouvoir du propriétaire de l'héritage dominant de faire cesser auparavant l'obstacle qui s'opposait à l'exercice de la servitude. Nous croyons devoir abandonner cette opinion, parce que la loi ne distingue pas entre cette hypothèse et l'hypothèse contraire, et que, d'un autre côté, la maxime *Agere non valenti, non currit præscriptio* n'est point ici applicable. Cpr. § 214, texte et note 31. Maleville, sur l'art. 704. Delvincourt, I, part. II, p. 427. Duranton, V, 655. Duvergier, sur Toullier, II, 690, note *a*. Demante, *Cours*, II, 562 *bis* III. G. Demante, *op. cit.*, p. 559 et suiv. Demolombe, XII, 979. Voy. en sens contraire : Domat, *Loix civiles*, liv. I, tit. XII, sect. VI, n° 1 ; Toullier, III, 690 ; Marcadé, sur les art. 703 et 704 ; Solon, n° 505 ; Taulier, II, p. 462.

[7] Cpr. § 179, texte n° 2, notes 23 et 24. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué dans ces notes, l'opinion contraire ne paraît s'être introduite que par suite d'une portée exagérée attribuée à l'*usucapio libertatis*, dont il est question dans la loi 6, D. *de serv. præd. urb.* (8, 2), et dans la loi 18, § 2, D. *quemd. serv. amitt.* (8, 6). Les termes *libertatem usucapiat... videri usucepisse libertatem*, ne sont évidemment employés par ces lois que dans un sens figuré ; car la liberté d'un héritage, considérée d'une manière abstraite et distincte de cet héritage, ne saurait faire l'objet ni de possession ni de quasi-possession, et c'est l'héritage servant lui-même, placé dans un état matériel de liberté complète, qui forme l'objet de la possession. Or, on ne peut pas dire qu'il soit affranchi de tout lien de servitude, aussi longtemps qu'il en conserve des vestiges, maintenus et respectés par le propriétaire de cet héritage. Cpr. Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, § 40. Ajoutons que, parmi les auteurs mêmes qui refusent à l'existence de vestiges l'efficacité de conserver la servitude, il en est qui admettent cependant qu'elle peut l'être au moyen d'une interruption civile. Or, nous ne comprendrions pas la nécessité d'une interpellation judiciaire en présence de vestiges dont le maintien forme une reconnaissance permanente de la servitude.

[8] On a voulu soutenir que l'art. 704 établit, bien moins une véritable prescription, qu'un délai préfix, qui n'admet ni suspension ni interruption. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 368. Mais cette opinion, qui ne peut se concilier avec

ni contre les mineurs, ni contre les interdits, et, d'un autre côté, elle peut être interrompue civilement par une reconnaissance émanée du propriétaire du fonds servant, ou par une demande en déclaration de servitude.

B. Les servitudes s'éteignent :

1° Par la confusion, c'est-à-dire par la réunion dans la même main de l'héritage dominant et de l'héritage servant, quelle que soit d'ailleurs la cause qui ait amené cette réunion. Art. 705.

L'effet de la confusion est subordonné au maintien de l'acquisition par laquelle s'est opérée la réunion des deux héritages : si cette acquisition vient à être annulée, rescindée, ou résolue avec effet rétroactif, la servitude est censée n'avoir jamais été éteinte[9]. Il en est de même lorsque le propriétaire du fonds dominant se trouve évincé, par l'effet d'une action en revendication ou d'une action hypothécaire, du fonds servant, dont il s'était rendu acquéreur. Art. 2177 et arg. de cet article.

Au contraire, l'aliénation volontaire de l'un des héritages, dominant ou servant, momentanément réunis dans la même main, ne fait point par elle-même cesser l'effet de la confusion, de telle sorte que la servitude ne peut, en général, renaître qu'en vertu d'une stipulation ou d'une réserve expresse[10]. Il en est cependant autrement lorsqu'il s'agit d'une servitude apparente[11]. D'un autre côté, l'effet de la confusion, qui s'était opérée par suite de succession, cesse, mais entre les parties seulement, et non à l'égard des tiers, lorsque l'héritier vient à céder ses droits successifs[12].

2° Par le non-usage pendant trente ans. Art. 706.

Les trente années courent, pour les servitudes discontinues, par le seul fait de la cessation de leur exercice à partir du dernier

les art. 665 et 708 à 710, a été généralement rejetée. Pardessus, II, 296. Duvergier, sur Toullier, II, 697, note *a*. Demante, *Cours*, II, 562 *bis*. G. Demante, *op. cit.*, p. 577 et suiv. Demolombe, XII, 979.

[9] Duranton, V, 666. Pardessus, II, 300. Solon, n° 494. Demolombe, XII, 984.

[10] En effet la confusion, en pareil cas, n'est pas anéantie pour le passé. Demolombe, XII, 985.

[11] Art. 694. Cpr. sur l'explication de cet article : § 252, texte et note 9.

[12] Cpr. § 359 *ter*, texte n° 5, notes 8 et 9. Aux autorités citées dans ces notes ajoutez encore dans le sens de la proposition énoncée au texte : Merlin, *Rép.*, v° Servitude, § 32; Toullier, III, 669 ; Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 2095; Demolombe, XII, 986. Voy. en sens contraire : Solon, n° 497. D'après cet auteur, la servitude ne revivrait pas même entre les parties, Mais, en émettant cet avis, il n'a pas tenu compte des effets d'une vente de droits successifs, laquelle comprend tout ce qui provient de la succession, et ne comprend rien au delà.

acte d'usage. Art. 707. Toutefois, lorsqu'il s'agit de servitudes dont l'exercice ne peut ou ne doit avoir lieu qu'à des intervalles périodiques plus ou moins éloignés, le délai de trente ans ne commence à courir que du jour où le propriétaire de l'héritage dominant, étant en droit ou ayant intérêt d'exercer la servitude, a négligé de le faire[13].

Les trente années ne courent, au contraire, pour les servitudes continues, que du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, c'est-à-dire, si la servitude est affirmative, du jour où il a été exécuté un travail formant un obstacle permanent à son exercice[14]; et si la servitude est négative, du jour où il a été fait un ouvrage en contravention à l'obligation de ne pas faire qui découle de la servitude. Art. 707. Il importe peu, du reste, que l'acte contraire ait été accompli par le propriétaire de l'héritage servant, ou qu'il l'ait été, soit par un tiers agissant en dehors de son droit, soit par le propriétaire de l'héritage dominant[15].

Une simple protestation, même faite de la manière la plus formelle et signifiée par acte extrajudiciaire, serait insufisante pour faire courir le délai de la prescription[16].

L'écoulement du laps de trente ans a pour effet d'éteindre la servitude *ipso facto;* et la circonstance qu'elle aurait été exercée après l'accomplissement de la prescription serait en général ineffi-

[13] Voy. les autorités citées à la note 26 du § 179.

[14] Suivant M. Dupret (*Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 828 et 829), une servitude de prise d'eau, s'exerçant au moyen d'une vanne, s'éteindrait par trente ans, à partir du jour où on aurait cessé de lever la vanne. A notre avis, cette opinion doit être rejetée : elle ne tend à rien moins qu'à transformer une servitude continue en une servitude discontinue, et se trouve repoussée par l'art. 707. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 367. Demolombe, XII, 1010.

[15] Delvincourt, I, part. II, p. 424. Toullier, III, 692. Duranton, V, 685. Demante, *Cours*, II, 566. Daviel, *Des cours d'eau*, III, 786. Bélime, *Des actions possessoires*, nº 158. Demolombe, XII, 1009. Voy. en sens contraire : Pardessus, II, 308. D'après cet auteur, qui se fonde sur la loi 6, D. *de serv. præd. urb.* (8, 2), un acte contraire, émané du propriétaire du fonds dominant, serait insuffisant pour faire courir la prescription. Mais il n'a pas remarqué qu'à la différence du Droit romain, où l'extinction de certaines servitudes ne résultait que d'une sorte d'usucapion, toutes les servitudes s'éteignent chez nous par le non-usage, c'est-à-dire par l'effet d'une prescription purement extinctive, à la seule différence près, entre les servitudes discontinues et les continues, que la prescription ne court, pour ces dernières, qu'à partir d'un acte contraire.

[16] Pardessus, II, 308. Demolombe, XII, 1006.

cace pour la faire renaître[17]. Il en serait cependant autrement s'il résultait des faits de la cause qu'en tolérant l'exercice de la servitude après son extinction par le non-usage, le propriétaire de l'héritage servant a entendu renoncer au bénéfice de la prescription[18].

Les règles exposées aux §§ 214 et 215 sur la suspension et l'interruption de la prescription s'appliquent également à l'extinction des servitudes par le non-usage.

En matière de servitudes discontinues, un seul acte d'exercice de la servitude suffit pour interrompre la prescription; et de pareils actes sont toujours susceptibles d'être prouvés par témoins.

Lorsque, après l'écoulement de trente années depuis la date du titre constitutif de la servitude, le propriétaire du fonds servant en oppose la prescription, la question de savoir si c'est à ce dernier à prouver que la servitude n'a pas été exercée, ou si c'est au contraire au propriétaire du fonds dominant à établir qu'elle l'a été, doit se résoudre par une distinction entre le cas où celui-ci a fait, depuis moins de trente ans à l'époque du litige, des actes d'exercice de la servitude, et l'hypothèse contraire. Au premier cas, c'est au propriétaire de l'héritage servant, contre lequel s'élèverait la règle *Probatis extremis præsumitur medium*, à prouver que la servitude n'a pas été exercée pendant un laps de temps de trente ans. Dans la seconde hypothèse, c'est au propriétaire de l'héritage dominant à écarter l'exception de prescription, en prouvant qu'il en a interrompu le cours au moyen d'actes d'exercice de la servitude[19].

Les dispositions spéciales des art. 709 et 710 ayant déjà été expliquées au § 247, nous nous bornerons à y renvoyer. Nous ajouterons seulement que, si l'héritage servant venait à être divisé en différents lots, le non-usage de la servitude sur quelques-uns d'entre eux, les en affranchirait au bout de trente ans, sans qu'il

[17] Art. 2261. Pardessus, II, 286. Demolombe, XII, 795 et 1019. Civ. cass., 7 juillet 1856, Sir., 57, 1, 775. Req. rej., 23 juillet 1860, Sir., 61, 1, 526.

[18] Demolombe, XII, *locc. citt.* Orléans, 31 décembre 1835, Sir., 36, 2, 5. Voy. cep. Pardessus, *loc. cit.*

[19] Merlin, *Quest.*, v° Usage, § 9, n° 3. Proudhon et Curasson, *Des droits d'usage*, II, 603 et suiv. Pardessus, II, 308. Bonnier, *Des preuves*, n^os^ 36 et 37. Taulier, II, p. 465. Demolombe, XII, 1015. Civ. cass., 6 février 1833 et 3 avril 1833, Sir., 33, 1, 161 et 579. Req. rej., 11 juin 1834, Sir., 34, 1, 613. Req. rej., 15 février 1842, Sir., 42, 1, 334.

fût même nécessaire que la division de l'héritage servant eût été portée à la connaissance du propriétaire du fonds dominant[20].

La prescription de dix à vingt ans, établie par l'art. 2265, est complétement étrangère à l'extinction aussi bien qu'à l'acquisition des servitudes réelles. Ainsi, celui qui a acquis par juste titre et de bonne foi, c'est-à-dire comme franc de toute charge, un immeuble grevé en réalité d'une servitude, ne recouvre pas la franchise de cet immeuble par le fait du non-usage de la servitude pendant dix à vingt ans seulement[21].

[20] Dupret, *Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 830. Bélime, *Des actions possessoires*, nº 173. Demolombe, XII, 907 à 910.

[21] Ces propositions, contraires à celles que nous avions émises dans nos premières éditions, et que nous ne croyons pas devoir maintenir, se justifient par la combinaison des art. 2264 et 706. Si, en matière d'usufruit, nous n'accordons pas la même valeur au rapprochement des art. 2264 et 617, cela tient à une double raison. L'usufruit immobilier étant susceptible de s'acquérir par la prescription de dix à vingt ans, il semble naturel qu'il puisse aussi s'éteindre indirectement, dans le même laps de temps, par l'effet d'une prescription acquisitive contraire. D'un autre côté, celui qui possède comme franc un immeuble grevé d'usufruit, exerce de fait la jouissance appartenant à l'usufruitier, et se trouve ainsi en position d'éteindre le droit de ce dernier, en l'acquérant pour son propre compte. Cpr. § 234, texte et note 47. Or, aucune de ces raisons ne trouve place en matière de servitudes réelles : d'une part, en effet, ces servitudes ne peuvent s'acquérir que par la possession de trente ans ; et, d'autre part, le propriétaire de l'héritage servant, en jouissant de la liberté de cet héritage, n'exerce pas le droit du propriétaire du fonds dominant, et ne saurait ainsi, à défaut de la possession de ce droit, arriver à l'affranchissement de son immeuble, qu'à la faveur d'une prescription purement extinctive. Nous ajouterons que, l'usufruitier ayant un intérêt de tous les instants à exercer sa jouissance, on comprend que l'abréviation du délai ordinaire de la prescription soit admise contre lui, en faveur d'un tiers acquéreur de bonne foi ; mais il en est autrement en fait de servitudes réelles, puisque le propriétaire de l'héritage auquel une servitude est due, peut, par suite de circonstances diverses, n'avoir pas d'intérêt à l'exercer pendant un temps plus ou moins long. Toullier, III, 688. Pardessus, II, 306, nº 2. Zachariæ, § 255, note 4. Favard, *Rép.*, vº Servitudes, sect. III, § 5. Solon, nº 510. Demolombe, XII, 1004. Paris, 25 août 1834, Sir., 35, 2, 134. Orléans, 31 décembre 1835, Sir., 36, 2, 5. Req. rej., 20 décembre 1836, Sir., 37, 1, 145. Limoges, 14 février 1837, Sir., 37, 1, 507, à la note. Req. rej., 28 mars 1837, Sir., 37, 1, 506. Req. rej., 16 avril 1838, Sir., 38, 1, 756. Bordeaux, 29 mai 1838, Sir., 38, 2, 342. Req. rej., 18 novembre 1845, Sir., 46, 1, 74. Req. rej., 14 novembre 1853, Sir., 54, 1, 105. Agen, 23 novembre 1857, Sir., 57, 2, 769, Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, part. II, p. 423 ; Duranton, V, 691 ; Duvergier, sur Toullier, II, 689, note *a.*; Vazeille, *Des prescriptions*, I, 419, et II, 523 ; Troplong, *De la prescription*, II, 853; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, 368 ; Taulier, II, p. 466 ; Demante, *Cours*, II, 565 *bis*; Bressoles, *Revue de Droit français et étranger*, 1848, p. 748 et suiv.

L'usage incomplet ou restreint d'une servitude, pendant le délai de trente ans à partir des époques ci-dessus indiquées, en entraîne l'extinction partielle, ou plutôt la réduction aux limites dans lesquelles elle a été exercée. Art. 708.

L'application de cette règle ne peut donner lieu à difficulté en ce qui concerne les servitudes continues, soit négatives, soit affirmatives. S'il s'agit d'une servitude négative, par exemple de la prohibition de bâtir, et que le propriétaire de l'héritage dominant ait laissé subsister pendant trente années des constructions élevées sur une partie du fonds servant, il aura pour autant perdu son droit. Que si la servitude est affirmative, et que le propriétaire de l'héritage dominant n'ait pas établi les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude dans toute son étendue, il aura perdu, au bout de trente ans, la portion de son droit qu'il n'a pas exercée. Il en est ainsi, par exemple, dans le cas où celui qui, d'après le titre constitutif de la servitude, se trouvait autorisé à ouvrir quatre fenêtres d'une dimension donnée, n'en a ouvert que deux, ou en a pratiqué quatre d'une dimension moindre. Il en serait de même si le propriétaire de l'héritage dominant, après avoir établi les choses dans l'état voulu pour l'exercice complet de la servitufle, avait réduit ou partiellement supprimé les ouvrages faits dans ce but[22].

Quant aux servitudes discontinues, l'usage n'en doit pas être considéré comme incomplet ou restreint, nécessairement et par cela seul que le propriétaire de l'héritage dominant n'aurait pas fait tous les actes que comportait la servitude.

Lorsque le propriétaire de l'héritage dominant a usé de la servitude, conformément à son titre, dans la mesure de ses besoins et de ses convenances, il doit être considéré comme l'ayant intégralement conservée, bien qu'il n'ait pas fait tout ce qu'il était autorisé à faire. Ainsi, celui auquel son titre confère un droit de passage à pied, à cheval, ou en voiture, conserve son droit tout entier, lorsque, n'ayant pas d'équipage ou d'exploitation rurale, il s'est borné pendant trente ans à exercer le passage à pied[23]. Il en

[22] Pardessus, II, 308. Duvergier, sur Toullier, II, 702, note *a*. Duranton, V, 606. Dupret, *op. cit.*, p. 827. Demolombe, XII, 1028.

[23] Dans l'hypothèse indiquée au texte, la servitude de passage est une, et ne se décompose pas en autant de servitudes distinctes qu'il y a de modes d'exercer le passage. Il en résulte que la servitude est intégralement conservée, de quelque manière que le passage ait été exercé, alors du moins qu'il l'a été conformément

est de même de celui qui, ayant, d'après son titre, le droit de faire pacager ses bestiaux sur le fonds d'autrui depuis le mois de septembre jusqu'au mois de mai, s'est contenté, durant trente ans, d'exercer la pâturage au printemps, sans en user en automne [24].

Au contraire, lorsque l'exercice partiel de la servitude a été le résultat, soit d'un changement dans l'état matériel des lieux qui en rendait impossible l'usage complet, soit d'une opposition de la part du propriétaire de l'héritage servant, la servitude se trouve réduite aux limites restreintes dans lesquelles elle a été exercée depuis trente ans. C'est ce qui aurait lieu pour la servitude de passage à pied, à cheval, ou en voiture, dans le cas où le passage n'aurait, pendant trente années, été exercé qu'à pied, par suite du rétrécissement de la voie qui y était affectée, ou de l'opposition du propriétaire du fonds servant, à tout passage à cheval ou en voiture.

L'exercice d'une servitude discontinue par un endroit différent de celui qui avait été assigné à cet effet, fait perdre, au bout de trente ans, le bénéfice de l'assignation primitive, mais n'entraîne pas l'extinction de la servitude elle-même, à moins que l'assignation ne dût être considérée comme limitative, et comme inhérente à la constitution de la servitude [25]. Hors de cette hypothèse, le propriétaire de l'héritage servant est tenu de souffrir l'exercice de la servitude par l'endroit où elle a été exercée, si mieux il n'aime

au titre, et n'a trouvé de limites que dans la volonté, les besoins, ou les convenances du propriétaire de l'héritage dominant. Toullier, III, 703. Taulier, II, p. 468 et 469. Dupret, *op. cit.*, p. 823 et suiv. Demolombe, XII, 1029. Cpr. Civ. rej., 5 juin 1860, Sir., 60, 1, 497. Voy. cep. Duranton, V, 606; Pardessus, II, 305; Marcadé, sur l'art. 708, nº 1; Demante, *Cours*, II, 507. Ces auteurs, sans admettre la distinction indiquée au texte, enseignent que le propriétaire du fonds dominant qui, par des motifs quelconques, n'a pas usé de la servitude par tous les modes qu'elle comportait, se trouve, au bout de trente ans, partiellement déchu de son droit. Mais cette opinion, trop absolue, conduirait à des conséquences inadmissibles, ainsi que l'a fort bien démontré M. Dupret.

[24] Riom, 6 février 1855, Sir., 55, 2, 712.

[25] En l'absence d'une assignation véritablement limitative, on ne peut pas dire que la servitude, quoique exercée par un endroit différent de celui qui avait été indiqué, soit une autre servitude que celle qui a été constituée, ni par conséquent qu'elle ait été éteinte par le non-usage. Dupret, *op. cit.*, p. 835 et 836. Demolombe, XII, 1031. Caen, 27 août 1842, Sir., 43, 2, 101. Caen, 16 décembre 1848, Sir., 49, 2, 664. Voy. en sens contraire Duranton, V, 607; Pardessus, II, nº 304, p. 154 et 155; Bélime, *Des actions possessoires*, nº 171; Marcadé, *loc. cit.*

faire revenir le propriétaire de l'héritage dominant à l'assignation primitive [26].

C. Indépendamment des modes d'extinction indiqués aux art. 703 et suivants, les servitudes s'éteignent encore, d'après les principes du Droit commun :

1° Par l'expiration du temps pour lequel la servitude a été établie [27] ;

2° Par la résolution du titre constitutif de la servitude ;

3° Par la révocation *ex tunc* des droits du constituant ;

4° Par la renonciation du propriétaire de l'héritage dominant.

La renonciation en matière de servitudes réelles est régie par des règles analogues à celles qui ont été exposées à l'occasion de l'extinction de l'usufruit.

Ainsi, la renonciation à un droit de servitude peut avoir lieu expressément ou tacitement. Toutefois, elle ne pourrait s'induire de ce fait seul, que le propriétaire de l'héritage dominant aurait laissé établir sans protestation des ouvrages formant obstacle à l'exercice de la servitude [28].

Ainsi encore, la renonciation n'a pas besoin d'être acceptée pour produire son effet entre les parties [29]. Mais aussi ne devient-elle efficace, à l'égard des tiers qui ont acquis et dûment conservé des droits sur l'héritage dominant, que par la transcription de l'acte qui la renferme, ou du jugement qui la constate, et à partir seulement de l'accomplissement de cette formalité. Loi du 23 mars 1855, art. 2, n^os^ 2 et 3.

D. Enfin les servitudes s'éteignent par l'expropriation pour cause d'utilité publique de l'héritage servant, sauf l'indemnité préalable à laquelle a droit le propriétaire de l'héritage dominant. Loi du 3 mai 1841, art. 21, 23 et 39.

La cession amiable de l'héritage servant, consentie par le propriétaire de cet héritage avant tout jugement d'expropriation, n'entraîne pas l'extinction de la servitude, qui, à défaut de consentement du propriétaire de l'héritage dominant, doit faire l'objet d'une expropriation régulière [30].

[26] Cpr. Dupret et Demolombe, *locc. citt.*

[27] Cpr. § 247, texte et note 16.

[28] Arg. art. 707. Pardessus, II, n° 313, p. 195. Duvergier, sur Toullier, II, 674, note 5. Demolombe. XII, 1043. Voy. cep. Toullier, III, 674.

[29] Cpr. § 234, texte, lett. C, et note 43.

[30] Demolombe, XII, 1056. Conseil d'État, 19 janvier 1850, Sir., 50, 2, 302.

Du reste, les tribunaux ne pourraient pas, soit par application de l'art. 618., soit à titre de dommages-intérêts, prononcer l'extinction d'un droit de servitude pour cause d'abus dans son exercice [31]. Il leur appartiendrait seulement d'accorder des dommages-intérêts au propriétaire de l'héritage servant, et de prescrire les mesures nécessaires pour prévenir tout abus ultérieur.

SECTION TROISIÈME.

DES HYPOTHÈQUES ET DES PRIVILÉGES.

SOURCES. Code Napoléon, art. 2092-2203. Loi du 23 mars 1855, sur la transcription. Loi du 21 mai 1858, contenant des modifications au Code de procédure. — BIBLIOGRAPHIE. 1° Droit ancien. *Traité des hypothèques*, par Basnage; Rouen 1724, in-4°. *Traité des hypothèques*, par Pothier. — 2° Droit intermédiaire. *Code hypothécaire, ou instructions et formules sur l'exécution de la loi du 11 brumaire an VII*, par Guichard; Paris an II, in-12. *Répertoire et Questions* de Merlin, v^is^ Hypothèque, Inscription hypothécaire, Privilége, Tiers détenteur, et Transcription. — 3° Droit nouveau. *Questions sur les priviléges et les hypothèques*, par Persil; Paris 1820, 2 vol. in-8°. *Régime hypothécaire*, par Persil; 4^e^ édit., Paris 1833, 2 vol. in-8°. *Traité des priviléges et des hypothèques*, par Battur; 2^e^ édit., Paris 1823, 4 vol. in-8°. *Traité des hypothèques*, par Grenier; 3^e^ édit., Clermont-Ferrand 1829, 2 vol. in-8°. *Documents relatifs au régime hypothécaire publiés par ordre du gouvernement;* Paris 1844, 3 vol. in-8°. *Traité des priviléges et des hypothèques*, par Valette. La première livraison de cet ouvrage, qui malheureusement n'a pas été continué, a paru à Paris en 1846. *Commentaire du titre des priviléges et des hypothèques*, par Troplong; 5^e^ édit., Paris 1854, 4 vol. in-8°. *Examen critique et pratique du commentaire de M. Troplong sur les priviléges et hypothèqnes*, par Mourlon; Paris 1855, 1 vol. in-8°. *Des priviléges et des hypothèques*, par Martou; Bruxelles et Paris, 1855, 4 vol. in-8°. *Commentaire-traité des priviléges et des hypothèques*, par Pont; Paris 1859, 2 vol. in-8°. *Explication théorique et pratique de la loi du*

[31] Demolombe, XII, 1059. Voy. en sens contraire : Pardessus, II, 320; Zachariæ, § 255, texte, *in fine*, et note 10.

21 mai 1858, par Seligman, annotée par Pont; Paris 1860, 1 vol. in-8°. *Commentaire de la loi du 21 mai 1858*, par Olivier et Mourlon; Paris 1860, 1 vol. in-8°.

INTRODUCTION.

§ 256.

Des causes de préférence, et de certaines sûretés spéciales sur les biens du débiteur, que la loi ne range pas au nombre de ces causes.

Tout engagement personnel emporte pour le créancier le droit de poursuivre le paiement de ce qui lui est dû sur les biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir du débiteur. Art. 2092.

Ces biens forment le gage de tous les créanciers du débiteur, et le prix doit s'en répartir entre eux par contribution, sans égard à la date respective de leurs titres, à moins qu'il n'existe au profit de l'un ou de l'autre des causes légitimes de préférence. Art. 2093. L'étendue et les effets de ce droit de gage général, et commun à tous les créanciers, seront expliqués aux §§ 580 à 582.

Les causes légitimes de préférence sont les priviléges et les hypothèques. Art. 2094.

Ces causes de préférence peuvent se ranger en trois catégories. Les unes sont purement personnelles, en ce sens qu'elles n'ont d'effet qu'à l'égard du débiteur lui-même et de ses créanciers chirographaires. D'autres, au contraire, présentent un caractère complet de réalité, en ce qu'elles peuvent être exercées par voie de suite contre tout tiers détenteur. D'autres enfin sont d'une nature mixte.

Dans la catégorie des causes de préférence purement personnelles, on doit ranger les priviléges généraux de l'art. 2101, en tant qu'ils s'exercent sur des meubles, ainsi que les priviléges spéciaux sur certains meubles, à l'exception cependant de ceux qui se rattachent à un nantissement exprès ou tacite. Ces priviléges sont bien susceptibles d'être exercés, au préjudice des créanciers chirographaires, sur le prix de la vente volontaire ou forcée des objets qui y sont soumis, tant que ce prix, encore dû au débiteur, n'a pas été distribué; mais ils ne peuvent être opposés, ni à l'acheteur de bonne foi qui a payé son prix [1], et ce, dans le cas même où

[1] Voy. cep. Code de commerce, art. 193 et 196; § 263 *bis*, texte II, 1°, lett. *a*.

il n'aurait pas encore été mis en possession, ni aux cessionnaires saisis de ce prix, ni, à plus forte raison, aux tiers possesseurs [2].

Dans la seconde catégorie se rangent les priviléges généraux de l'art. 2101, en tant qu'ils s'exercent sur des immeubles, les priviléges spéciaux sur les immeubles, et les hypothèques.

Enfin, la troisième catégorie comprend les priviléges spéciaux sur les meubles, qui se rattachent à un nantissement exprès ou tacite. Ces priviléges, quoique ne pouvant être exercés par voie de suite contre des tiers détenteurs [3], présentent cependant un certain caractère de réalité, en ce qu'ils sont susceptibles d'être invoqués contre un tiers acquéreur non encore mis en possession.

Nous ne devrions nous occuper ici que des priviléges sur les immeubles et des hypothèques, qui constituent seuls de vrais et complets droits réels; mais le désir de présenter dans son ensemble la théorie des droits de préférence nous a déterminés à traiter en même temps des priviléges sur les meubles.

A côté des priviléges et des hypothèques, auxquels la loi attribue exclusivement la qualification de droits de préférence, il existe encore d'autres sûretés spéciales. Elles résultent, soit de l'antichrèse et du droit spécial de rétention qui s'y trouve attaché [4], soit du droit de rétention en général, dont il sera traité au paragraphe suivant.

[2] C'est ainsi que l'on doit, dans notre droit actuel, entendre la règle que *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*. En reproduisant dans l'art. 2119 cette règle, sur le sens de laquelle nos anciens auteurs ne fournissent pas d'explications complétement satisfaisantes, les rédacteurs du Code ont voulu, à notre avis, exprimer l'idée que les meubles ne peuvent être l'objet d'aucune affectation réelle, susceptible d'engendrer un droit de suite. Nous ajouterons que si cette règle se rattache à la maxime *En fait de meuble possession vaut titre*, on aurait tort de la considérer, même en ce qui concerne les meubles corporels, comme un simple corollaire de cette maxime, dont elle forme en réalité le complément. Elle s'applique d'ailleurs aux meubles incorporels, qui ne sont pas régis par la maxime précitée, aussi bien qu'aux meubles corporels. Cpr. Valette, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 365; *Des priviléges et des hypothèques*, nº 129; Pont, nº 414.

[3] Voy. cependant, sur le droit de suite exceptionnellement attaché au privilége du locateur : art. 2102, nº 1; § 261, texte nº 1, notes 32 à 37.

[4] Voy. sur la nature du droit d'antichrèse; § 438, texte, notes 9 et 10.

§ 256 *bis*.

Du droit de rétention [1].

En entend, en général, par droit de rétention le droit en vertu duquel le détenteur d'une chose est autorisé à la retenir jusqu'au paiement d'une créance qui lui est due par le propriétaire de cette chose.

Le droit de rétention est attaché de plein droit au nantissement mobilier ou immobilier, comme moyen de garantir le paiement de la créance pour sûreté de laquelle il a été établi. Art. 2082, al. 1er, et 2087. En matière de nantissement mobilier, ce droit peut même être exercé pour la garantie d'une dette contractée postérieurement à la mise en gage, lorsque cette dette est devenue exigible avant le paiement de celle pour laquelle le gage a été constitué. Art. 2082, al. 2.

Les règles relatives au droit de rétention attaché au nantissement mobilier ou immobilier, seront expliquées aux §§ 434 et 438.

En dehors du nantissement, il est des cas où le droit de rétention existe par le seul fait de la détention d'une chose, et comme garantie d'une créance connexe à cette chose.

C'est ainsi que la loi accorde expressément le droit de rétention dans les hypothèses prévues par les art. 867, 1612, 1613, 1673, 1749 et 1948 [2].

Il s'est élevé de graves controverses sur le point de savoir si ce droit ne doit être admis que dans les hypothèses où il est formel-

[1] Cpr. sur cette matière : *Du droit de rétention*, par Rauter ; *Revue de législation*, 1839, X, p. 430 ; *Revue étrangère*, 1841, VIII, p. 769 ; *Revue de Droit français et étranger*, 1844, I, p. 565. *Du droit de rétention*, par Troplong, dans son *Commentaire des priviléges et des hypothèques*, I, 254 à 264. *Du droit de rétention*, par de Fréminville, dans son *Traité de la minorité et de la tutelle*, II, 729. Mourlon, *Examen critique*, nos 212 à 232. *Zur Lehre vom Retentionsrechte*, von Groskopff ; Oldenbourg 1858, broch. in-8o. *Du droit de rétention*, par Cabrye ; Paris 1860, broch. in-8o. *Du droit de rétention*, par Glasson ; Strasbourg 1862, broch. in-8o.

[2] Cpr. aussi : Ordonnance du 23 décembre 1672, chap. XVII, art. 13 à 15, et Req. rej., 7 mai 1848, Sir., 48, 1, 555 ; Loi des 7 juin-6 août 1791, art. 21 ; Code de commerce, art. 306 et 577. C'est à tort que M. Cabrye (no 68, p. 111) prétend que l'art. 306 du Code de commerce refuse au capitaine le droit de rétention sur les marchandises embarquées dans son navire, pour garantir le paiement du fret. En réalité, cet article ne fait que régler l'exercice du droit de rétention, qu'il admet implicitement.

lement reconnu par la loi [3], ou si, au contraire, il peut être étendu à tous les cas où le détenteur se trouve être créancier, à raison d'impenses nécessaires ou utiles faites sur la chose même dont la restitution lui est demandée, et où existe, par conséquent, ce que l'on appelle en doctrine un *debitum cum re junctum* [4].

Les opinions qui se sont prononcées en principe pour l'un ou l'autre de ces systèmes, nous paraissent trop absolues. Le droit de rétention ne doit pas être restreint aux seules hypothèses prévues par les articles précités; mais aussi ne saurait-il être admis par cela seul qu'il existe un *debitum cum re junctum*, dans le sens ci-dessus indiqué. A notre avis, il suffit, pour justifier l'extension par analogie du droit de rétention, comme aussi, d'un autre côté, il est nécessaire pour l'autoriser, que la détention se rattache à une convention ou, tout au moins, à un quasi-contrat, et que la dette, connexe à la chose détenue, ait pris naissance à l'occasion de cette convention ou de ce quasi-contrat [5]. Le principe de solution ainsi posé conduit aux applications suivantes :

Le commodataire jouit, à l'instar du dépositaire, du droit de rétention, jusqu'au paiement de ce qui peut lui être dû en vertu des art. 1890 et 1891 [6].

[3] Voy. dans ce sens : Mourlon, n° 231; Cabrye, nos 67 et suiv.

[4] Voy. dans ce sens : Tarrible, *Rép.*, v° Privilége de créance, sect. IV, § 5, n° 2; Toullier, III, 130; Duranton, IV, 382; Proudhon, *Du domaine privé*, II, 569; Battur, *Des priviléges et des hypothèques*, nos 80 et suiv.; Rauter, *Revue étrangère*, VIII, p. 769 et suiv.; Troplong, *Des priviléges et des hypothèques*, I, 258 et suiv.; De Fréminville, *op. et loc. citt.*; Demolombe, IX, 682; Zachariæ, § 184; Glasson, p. 58 et suiv.

[5] Lorsque les conditions indiquées au texte se trouvent réunies, la position respective des parties présente une analogie parfaite avec la situation qui se rencontre dans les hypothèses où le droit de rétention est formellement admis par la loi, et l'extension de ce droit se justifie alors par le principe que les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Il suit, en effet, de ce principe que celui qui réclame l'exécution d'une convention ne peut le faire qu'à la condition de remplir, de son côté, les obligations qu'il a contractées, ou qui sont nées à l'occasion de cette convention. Mais, en dehors des conditions indiquées au texte, et en l'absence de tout rapport conventionnel ou quasi-contractuel entre les parties, l'analogie disparaît, et l'induction qu'on voudrait tirer des dispositions légales qui reconnaissent le droit de rétention, n'aurait plus de base légitime.

[6] L. 15, § 2, et L. 59, D. *de furtis* (47, 2). Cpr. § 392, texte n° 2 et note 4. Aux autorités citées dans cette note en faveur de l'opinion émise au texte, ajoutez : Toullier et Duvergier, VII, 384; Valette, *Des priviléges et des hypothèques*, n° 6; Troplong, *Du prêt*, n° 127, et *Du nantissement*, n° 449; Glasson, p. 152 et suiv. Voy. en sens contraire : Mourlon, n° 231, p. 736; Cabrye, n° 68.

Le mandataire, et même le *negotiorum gestor* qui a utilement géré l'affaire d'autrui, jouissent d'un droit de rétention sur les choses qu'ils détiennent, pour le reçouvrement de ce qui peut leur être dû à l'occasion de ces choses[7]. C'est ainsi que l'agent de change ou le banquier, qui a acheté des titres pour son client, est autorisé à les retenir jusqu'au paiement de ce qui lui est dû pour cet achat[8], et que l'avoué peut retenir les pièces de la procédure, ainsi que les titres pour l'obtention ou la régularisation desquels il a fait des avances, jusqu'au paiement des frais ou déboursés qui lui sont dus[9].

Le fabricant ou l'ouvrier, auquel ont été confiées, soit des matières premières à façonner, soit des choses à réparer, a de même un droit de rétention sur les objets façonnés ou réparés, jusqu'au paiement de ses salaires[10].

Enfin, le mari jouit d'un droit de rétention sur les immeubles dotaux, mais seulement pour les impenses nécessaires, et non pour les impenses utiles[11].

Au contraire, le droit de rétention n'appartient :

Ni au tiers possesseur, de mauvaise foi ou de bonne foi, pour la répétition de ses impenses même nécessaires[12];

[7] Valette, *op. et loc. citt.* Glasson, p.150 à 152. Cpr. Cabrye, nos 120 et 121. Cet auteur accorde le droit de rétention au mandataire, mais le refuse au gérant d'affaires. Voy. aussi : Bordeaux, 14 janvier 1830, Sir., 30, 2, 105. Cet arrêt n'est pas contraire à notre manière de voir, puisque le tuteur de fait, qui eût pu sans doute, en qualité de gérant d'affaires, retenir les objets particuliers pour la conservation ou l'amélioration desquels il aurait pu justifier avoir fait des déboursés, prétendait à tort exercer un droit de rétention général sur tous les biens du pupille, pour le recouvrement du reliquat actif de son compte d'administration.

[8] Voy. quant au droit de rétention dont jouit l'agent de change, sur les valeurs remises à titre de couverture : Paris, 28 février 1857, Sir., 57, 2, 387.

[9] Mais l'avoué n'a pas le droit de retenir les titres qui lui ont été confiés pour soutenir les droits de son client, lorsque, d'ailleurs, il n'a fait aucune avance pour la régularisation de ces titres. Paris, 25 août 1849, Sir., 49, 2, 491. Rouen, 12 décembre 1851, Sir., 33, 2, 299.

[10] Il en serait ainsi, alors même que le travail du fabricant ou de l'ouvrier n'ayant eu pour résultat que l'amélioration et non la conservation de la chose, on ne devrait pas lui reconnaître le privilége établi par le no 3 de l'art. 2102. Delvincourt, III, part. II, p. 274. Persil, sur l'art. 2102, no 3. Troplong, I, 176. Glasson, p. 133. Rouen, 9 juin 1826, Sir., 27, 2, 253. Angers, 8 juillet 1826, Sir., 27, 2, 50. Paris, 31 mai 1827, Sir., 28, 2, 127. Req. rej., 17 mars 1829, Sir., 29, 1, 145. Voy. aussi les arrêts cités à la note 18 *infra*.

[11] Cpr. § 540, texte no 3 et note 26.

[12] Cabrye, no 119. Mourlon, no 231. Cpr. dans ce sens, en ce qui concerne

Ni au tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, qui l'a délaissé, ou sur lequel il a été exproprié, pour la bonification de la mieux-value résultant de ses impenses et améliorations [13];

Ni à l'usufruitier, pour le recouvrement des frais de grosses réparations qu'il aurait effectuées, ou des avances qu'il aurait faites dans les hypothèses prévues par les art. 609 et 612 [14].

Ni à l'acquéreur d'un immeuble dotal, condamné au déguerpissement par suite de l'annulation de la vente, soit pour la restitution du prix, soit pour le remboursement de ses impenses [15];

Ni enfin à l'héritier apparent ou à son cessionnaire, condamné au délaissement de l'hérédité, pour le recouvrement des sommes qu'il aurait payées à la décharge de la succession [16].

Toutefois, s'il s'agissait de bonifications réclamées par un tiers

spécialement le tiers constructeur : § 204, texte lett. *b*. et note 13 ; Rennes, 3 juillet 1858, Sir., 59, 2, 170. Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, v° Privilége de créance, sect. IV, § 5, n° 2 ; Toullier, III, 130 ; Duranton, IV, 382 ; Proudhon, *Du domaine privé*, II, 569 ; Grenier, *Des hypothèques*, II, p. 85 ; Troplong, I, 260 ; Marcadé, sur l'art. 555, n° 5 ; De Fréminville, *op. et loc. citt.* ; Zachariæ, § 218, texte et note 10 ; Demolombe, IX, 682. Ces auteurs, toutefois, ne sont pas d'accord entre eux sur les applications de leur système. Les uns n'accordent le droit de rétention qu'au possesseur de bonne foi, tandis que d'autres le reconnaissent également au possesseur de mauvaise foi ; et, parmi ces derniers, il en est qui l'admettent même pour les impenses utiles, tandis que les autres le restreignent aux impenses nécessaires. Quant à la jurisprudence, elle paraît accorder le droit de rétention pour les impenses utiles aussi bien que pour les impenses nécessaires, mais au possesseur de bonne foi seulement. Rennes, 8 février 1841, Sir., 41, 2, 453. Req. rej., 25 mai 1852, Sir., 52, 1, 516. Montpellier, 25 novembre 1852, Sir., 53, 2, 191. Bastia, 9 juillet 1856, Sir., 56, 2, 404. Rouen, 18 décembre 1856, Sir., 57, 2, 558. Grenoble, 10 juillet 1860, Sir., 61, 2, 21.

[13] Voy. pour le développement de cette proposition, § 287. Cpr. aussi Angers, 28 avril 1853, Sir., 53, 2, 420.

[14] Bien que l'usufruit impose à l'usufruitier certaines obligations envers le nu-propriétaire, il n'existe cependant entre eux, au point de vue de leurs qualités respectives, aucun rapport conventionnel ; et l'usufruitier qui exécute des grosses réparations, ou qui fait des avances de la nature de celles dont il est question aux art. 609 et 612, ne saurait même être considéré comme le *negotiorum gestor* du nu-propriétaire, puisqu'en usant d'une faculté que lui donne la loi, il agit plutôt dans son propre intérêt que dans celui de ce dernier. Il ne peut donc avoir contre lui qu'une action *de in rem verso*, action qui ne suffit pas pour justifier le droit de rétention. Cpr. § 235, notes 7 et 8. Voy. en sens contraire : Proudhon, V, 2626 et 2627 ; Demolombe, X, 595 ; Glasson, p. 142 et suiv.

[15] Voy. sur ce point § 537, texte et note 32.

[16] Agen, 19 janvier 1842, Sir., 43, 2, 281.

possesseur de bonne foi, ou par les héritiers d'un usufruitier, et que le propriétaire de l'immeuble à délaisser ne présentât pas de garanties suffisantes de solvabilité, le juge pourrait subordonner l'exécution de la condamnation en délaissement, au paiement des sommes qui leur seraient dues [17].

Le droit de rétention est indivisible, en ce sens qu'il peut être exercé, pour la totalité de la créance, sur chaque partie de la chose qui en forme l'objet. C'est ainsi que le fabricant ou l'ouvrier qui a reçu, en vertu d'une seule et même convention, un lot de marchandises à façonner ou réparer, peut, après avoir restitué une partie de ces marchandises sans avoir obtenu les prix de façon ou salaires y afférents, retenir le surplus des marchandises pour garantie de la totalité des sommes qui lui sont dues [18].

Quoique le droit de rétention n'engendre pas de droit de suite, et ne constitue pas un véritable droit réel dans le sens complet de ce mot [19], il peut cependant, d'après son fondement et son objet, être opposé à des tiers, du moins dans une certaine mesure. En

[17] Proudhon (V, 2626 et 2627) et M. Demolombe (IX, 582 et X, 595), tout en accordant le droit de rétention au tiers possesseur et à l'usufruitier, estiment cependant que le juge pourrait, en considération de la position financière du propriétaire, l'autoriser à rentrer en possession sans paiement préalable des sommes qui seraient dues à ces derniers. Ce tempérament, analogue à celui que nous avons nous-mêmes admis dans le système contraire, diminue considérablement l'intérêt pratique qui s'attache à la controverse sur l'existence du droit de rétention dans les hypothèses dont il s'agit.

[18] Troplong, I, 176 et 259. Pont, nº 142. Rouen, 18 juin 1825, Sir., 26, 2, 127. Rouen, 9 juin 1826, Sir., 27, 2, 253. Rouen, 17 décembre 1828 et 25 février 1829, Sir., 31, 2, 88. Civ. rej., 9 décembre 1840, Sir., 41, 1, 33. Req. rej., 13 mai 1861, Sir., 61, 1, 865. Voy. en sens contraire : Angers, 6 juillet 1826, Sir., 27, 2, 50. — Il en serait autrement, s'il ne s'agissait plus d'une seule et même convention, mais de plusieurs opérations distinctes, successivement renouvelées ; dans ce cas, le fabricant ou l'ouvrier ne pourrait exercer, sur les marchandises qu'il détient encore, le droit de rétention pour les façons et main-d'œuvre des marchandises qu'il aurait rendues. Req. rej., 17 mars 1829, Sir., 29, 1, 145. Voy. en sens contraire : Pardessus, *Droit commercial*, IV, 1202.

[19] On reconnaît généralement que, dans notre nouvelle législation, le droit de rétention n'engendre aucun droit de suite. Mais, malgré cela, certains auteurs ont cru devoir lui attribuer la qualification de droit réel. Valette, *Des priviléges et hypothèques*, nº 7. Cabrye, nº 74. Glasson, p. 37. A notre avis, cette qualification est inexacte : d'une part, en effet, le caractère propre du droit réel est d'emporter un droit de suite ; et, d'autre part, un droit n'est pas réel par cela seul qu'il peut, sous certaines conditions, être opposé à des tiers. Du reste, la controverse qui s'est élevée à cet égard n'a pas grande importance, puisque dans l'un et l'autre système on arrive à peu près aux mêmes résultats pratiques.

matière mobilière, il peut l'être à l'acheteur, ainsi qu'aux créanciers chirographaires ou privilégiés du propriétaire de la chose détenue, et ce, même en cas de faillite [20]. En matière immobilière, il peut être exercé, non-seulement contre l'acquéreur, mais encore contre les créanciers hypothécaires postérieurs [21].

Le droit de rétention ne fait pas obstacle à la saisie par d'autres créanciers et à la vente forcée de la chose qui s'y trouve soumise; mais comme il continuera de subsister malgré cette vente, le créancier qui en jouit ne pourra être contraint au délaissement au profit de l'adjudicataire qu'après avoir été desintéressé, ce qui placera les créanciers poursuivants dans la nécessité de consentir au prélèvement de sa créance sur le prix d'adjudication [22].

Le droit de rétention s'éteint par le désaisissement volontaire de la chose sur laquelle il portait, et ne renaît pas au cas où cette chose viendrait à rentrer à titre nouveau dans les mains de l'ancien détenteur [23].

Lorsque le détenteur a été, contre sa volonté, dépossédé, par le fait du propriétaire ou d'un tiers, de la chose soumise au droit de rétention, il peut, s'il s'agit d'un meuble, en réclamer la restitution par voie de saisie-revendication [24], et s'il s'agit d'un immeuble, par voie de réintégrande, à supposer que la dépossession ait été consommée à l'aide de voies de fait assez graves pour l'autoriser [25].

Du reste, lorsque la chose mobilière affectée au droit de rétention a passé entre les mains d'un tiers possesseur de bonne foi, la restitution n'en peut être demandée, si ce n'est en cas de perte et de vol, et conformément aux dispositions de l'art. 2279.

[20] Voy. les autorités citées aux notes 10 et 18 *supra*.

[21] Cpr. § 438, texte et note 9.

[22] Cabrye, n° 76. Civ. cass., 31 mars 1851, Sir., 51, 1, 305.

[23] Caen, 6 novembre 1860, Sir., 61, 2, 551.

[24] Cpr. Code de procédure art. 826 et suiv. Ce n'est pas à dire pour cela que nous reconnaissions au droit de rétention le caractère de droit réel. La saisie-revendication n'est qu'une forme de procéder, qui peut être employée pour la conservation et l'exercice d'un droit personnel aussi bien que d'un droit réel.

[25] Cpr. § 189, texte, notes 2 et 3.

CHAPITRE I.

Aperçu historique sur le régime hypothécaire. — Notions générales sur les priviléges et les hypothèques.

§ 257.

Aperçu historique.

Avant la révolution, la majeure partie de la France suivait, en matière hypothécaire, les principes adoptés par le Droit romain. Ainsi, d'une part, les constitutions d'hypothèques pouvaient porter sur la généralité des biens présents et à venir du constituant; et il était permis de les attacher à des créances indéterminées, aussi bien qu'à des créances déterminées. D'autre part, l'efficacité des hypothèques n'était pas subordonnée à leur inscription sur des registres publics.

Toutefois, on s'était écarté des dispositions du Droit romain sous les rapports suivants: les meubles étaient généralement considérés comme n'étant pas susceptibles d'affectation hypothécaire. Les actes sous seing privé ne suffisaient pas pour conférer hypothèque, à moins qu'ils ne fussent reconnus en justice, ou déposés chez un notaire, du consentement de toutes les parties. Enfin, les actes notariés emportaient de plein droit, et indépendamment de toute stipulation, hypothèque générale sur les immeubles du débiteur.

Les vices de cette législation avaient de bonne heure fixé l'attention des jurisconsultes et des hommes d'État. En 1673, Colbert fit rendre un édit qui consacrait et organisait le principe de la publicité des hypothèques. Mais cette mesure, qui menaçait de détruire le crédit des familles puissantes, en exposant au grand jour l'état de leurs fortunes, souleva une opposition tellement vive, que l'on se crut obligé de la révoquer dès l'année suivante.

L'essai d'une autre amélioration qui, toutefois, ne touchait point au fond de la législation, eut plus de succès. On observait depuis longtemps, pour le purgement des hypothèques, la procédure simulée et souvent ruineuse des décrets volontaires, procédure dont la loi 6, C. *de remiss. pig.* (8-26) avait fourni l'idée. Louis XV y substitua, par son édit du mois de juin 1771, l'usage des lettres de ratification, mode de purgement plus simple et plus économique.

Quelques provinces du nord, appelées *pays de saisine ou de nantissement*, avaient adopté un régime hypothécaire tout différent de celui qui vient d'être exposé. Sous ce régime, fondé sur le principe de la publicité, les hypothèques n'avaient d'existence et d'effet à l'égard des tiers, qu'autant qu'elles étaient rendues publiques au moyen d'une inscription faite, avec la permission du juge, sur un registre à ce destiné.

La révolution, en ébranlant à la fois et le crédit public et la confiance entre particuliers, vint mettre à nu les nombreuses imperfections de la législation hypothécaire jusqu'alors en vigueur. L'étendue et la gravité du mal, devenues évidentes pour tous, réclamaient de prompts remèdes. Deux lois furent successivement rendues dans cette vue. La première, du 9 messidor an III, posa le principe de la publicité. Pour le mettre en pratique, elle établit, dans chaque arrondissement communal, un conservateur chargé d'inscrire les actes hypothécaires sur des registres tenus à cet effet, et subordonna l'efficacité des hypothèques à l'accomplissement de cette formalité. La seconde, du 11 brumaire an VII, fit un pas de plus. Elle disposa qu'à l'avenir on ne pourrait établir d'hypothèques conventionnelles que pour garantir des créances déterminées, et que ces hypothèques ne pourraient frapper que sur des immeubles spécialement désignés. Elle consacra ainsi le principe de la spécialité, et en fit, avec celui de la publicité, les bases d'une nouvelle législation.

La Section de législation du Conseil d'État, qui avait à choisir entre le régime hypothécaire du Droit romain et celui de la loi de brumaire, se trouva divisée d'opinions. Les partisans du Droit romain en faisaient ressortir l'extrême simplicité. Ils combattaient la loi de brumaire comme devant porter atteinte au crédit, et comme imposant à la liberté des conventions, des entraves d'autant plus difficiles à justifier que, ne pouvant préserver de toutes surprises les acquéreurs et les prêteurs, elles ne paraissaient pas de nature à produire le résultat qu'on en attendait. Enfin, ils attaquaient comme impolitique, l'impôt que le gouvernement prélevait sur les inscriptions hypothécaires.

On répondait pour le système de la loi de brumaire que, loin d'affaiblir le crédit, il tendait au contraire à le consolider ; que le législateur devait songer à soustraire une partie des capitaux à l'action du commerce, et qu'un régime hypothécaire sagement combiné pouvait seul conduire à ce but ; qu'au surplus, c'était une erreur de vouloir apprécier, d'après des considérations spéciales

au crédit commercial, les mesures que réclame le crédit en général. On ajoutait enfin, que la question de l'impôt était étrangère au Droit civil.

Ces dernières raisons prévalurent dans l'assemblée générale du Conseil d'État, qui se prononça pour le double principe de la publicité et de la spécialité.

Toutefois, il s'éleva encore d'importants débats sur différents détails d'organisation. C'est ainsi que la question de savoir si les hypothèques légales du mineur et de la femme mariée seraient dispensées de la nécessité de l'inscription, devint l'objet d'une vive controverse. Elle fut résolue affirmativement, mais à une assez faible majorité, et au moyen d'une espèce de transaction. Tout en rendant l'efficacité de ces hypothèques indépendante de l'inscription, on convint cependant de prendre des mesures pour assurer l'accomplissement de cette formalité. Ce fut à l'occasion de ces débats que le Premier Consul prononça ces paroles remarquables: «Depuis que j'entends discuter le Code civil, je me suis souvent «aperçu que la trop grande simplicité dans la législation est l'en«nemie de la propriété. On ne peut rendre les lois extrêmement «simples, sans couper le nœud plutôt que de le délier, et sans li«vrer beaucoup de choses à l'incertitude de l'arbitraire.»

Le régime hypothécaire, tel qu'il avait été établi par le Code Napoléon, fut d'abord modifié par les art. 834 et 835 du Code de procédure, puis ensuite d'une manière plus profonde par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, ainsi que nous l'avons déjà expliqué au § 207.

Enfin, la loi du 21 mai 1858, portant modification de certains articles du Code de procédure, contient également des dispositions nouvelles relatives aux droits des créanciers jouissant d'une hypothèque légale dispensée d'inscription.

§ 258.

Des caractères distinctifs des priviléges et des hypothèques.

Le privilége est un droit que la seule qualité de la créance, c'est-à-dire la faveur qu'elle mérite aux yeux de la loi, donne à un créancier d'être payé de préférence à d'autres. Art. 2095[1].

[1] Cette définition, qui détermine d'une manière exacte le caractère des priviléges, ne convient cependant pas au privilége admis en faveur du créancier gagiste par les art. 2073 et 2102, nº 2. Attaché à la possession de la chose mise en gage, et se liant au droit de rétention qui est l'effet direct du contrat de nantissement, ce privilége est indépendant de la qualité particulière de la créance.

L'hypothèque est un droit en vertu duquel une chose se trouve, indépendamment de la qualité de la créance, affectée à l'acquittement d'une obligation. Art. 2114.

Les priviléges et les hypothèques diffèrent principalement sous les rapports suivants :

1° Les priviléges ne peuvent résulter que d'une disposition légale. Art. 2095. Il n'est pas au pouvoir du débiteur de créer, au profit d'un ou de plusieurs de ses créanciers, des priviléges en dehors de ceux qui sont établis par la loi [2]. Les hypothèques, au contraire, dérivent de la loi, d'une convention, ou d'une sentence judiciaire [3]. Art. 2116 et 2117.

2° Les créanciers privilégiés sont préférés aux créanciers même hypothécaires. Art. 2095. Ces derniers ne priment que les créanciers simplement chirographaires.

3° Le rang des créanciers privilégiés se détermine d'après le degré de faveur dont leurs créances jouissent aux yeux de la loi, et sans égard à la date de ces créances [4]. Art. 2096. Celui des créanciers hypothécaires se règle, en général, d'après la date de leurs inscriptions. Art. 2113 et 2134.

Les priviléges ne forment pas plus que les hypothèques des droits exclusivement attachés à la personne. Ils passent, comme accessoires des créances pour sûreté desquelles ils sont établis, aux cessionnaires et autres successeurs, et sont susceptibles d'être exercés, au nom et du chef des créanciers auxquels ils compètent, conformément à l'art. 1166. Art. 2112.

Les priviléges et les hypothèques ayant pour effet de modifier la règle générale d'après laquelle les biens du débiteur forment le gage commun de ses créanciers, les dispositions légales qui les établissent, ou qui en autorisent la constitution, doivent être interprétées et appliquées d'une manière restrictive [5].

[2] Req. rej., 12 décembre 1831, Sir., 32, 1, 273. Civ. cass., 26 juillet 1852, Sir., 52, 1, 693. Amiens, 3 juillet 1862, Sir., 63, 2, 84.

[3] La division tripartite des hypothèques, considérées sous le rapport de leur origine, n'est pas rigoureusement exacte dans notre Droit. En effet, l'hypothèque judiciaire n'est pas, comme en Droit romain, conférée par le juge : attachée de plein droit et par la seule force de la loi aux créances résultant de jugements, elle est plutôt légale que judiciaire.

[4] Voy. cependant sur le privilége des architectes : art. 2110 ; § 278, texte n° 4. Voy. aussi sur le privilége du trésor pour frais de justice criminelle : loi du 5 septembre 1807, art. 4 ; § 263 *bis*, texte n° I, lett. *e.*

[5] Art. 2115 et argument de cet article. *Exceptiones sunt strictissimæ interpretationis.* Grenier, II, 384. Req. rej., 18 mai 1831, Sir., 31, 1, 220.

§ 259.

Des objets qui sont susceptibles de priviléges ou d'hypothèques.

Les priviléges peuvent porter sur des meubles, aussi bien que sur des immeubles. Art. 2099. Les hypothèques ne peuvent frapper que des immeubles[1]. Art. 2119[2].

Les immeubles corporels, et leurs accessoires réputés immeubles, sont tous susceptibles d'être grevés d'hypothèques. Art. 2118, n° 1. Il en est ainsi, non-seulement des fonds de terre et des bâtiments, mais encore des mines, en tant qu'elles constituent des immeubles distincts de la surface[3]; et des édifices et superfices formant une propriété immobilière, distincte de celle du tréfonds[4].

Les seuls immeubles incorporels qui puissent être grevés d'hypothèques sont les droits d'usufruit immobilier[5], et les actions immobilisées de la Banque de France[6].

Ainsi, ne sont susceptibles d'une pareille affectation : ni les droits

[1] La loi du 11 brumaire an VII a virtuellement aboli, même pour le passé, l'hypothèque des meubles. Civ. rej., 17 mars 1807, Sir., 7, 1, 158.

[2] Cpr. sur la règle que *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque :* § 256, note 2.

[3] Loi du 21 avril 1810, art. 8 et 19 à 21. Cpr. § 223, texte n° 3.

[4] Cpr. § 223, texte n° 2. Troplong, II, 404 et 405. Pont, n° 391.

[5] Art. 2118, n° 2. — La jouissance emphytéotique est-elle susceptible d'hypothèque ? Nous avons adopté la solution négative (§ 224 *bis*, texte et note 7), en nous fondant sur ce que l'emphytéose ne constitue plus, dans notre Droit actuel, un droit réel immobilier. Mais, dût-on admettre le contraire, cette solution se justifierait encore par la rédaction restrictive de l'art. 2118 du Code Napoléon, rapprochée de l'art. 6 de la loi du 11 brumaire an VII, qui indiquait la jouissance à titre d'emphytéose comme étant, aussi bien que l'usufruit, susceptible d'hypothèque. Pont, n° 388.

[6] Décret du 16 janvier 1808, sur les statuts de la Banque de France, art. 7. Nous ne mentionnons plus ici les actions des canaux d'Orléans et de Loing, qui pouvaient être immobilisées comme celles de la Banque, par le motif que le rachat en a été autorisé par la loi du 1er août 1860, et définitivement opéré par celle du 20 mai 1863. Cpr. § 165, texte n° 1, lett. *c*. — Quant aux rentes sur l'État, elles n'ont jamais été susceptibles d'hypothèque, puisque, d'une part, elles ne pouvaient être immobilisées que pour entrer dans la composition d'un majorat, ce qui les plaçait hors du commerce; et que, d'autre part, elles ne peuvent être l'objet d'aucune espèce de saisie. Cpr. Décret du 1er mars 1808, sur les majorats, art. 2 et 3; § 581, note 3.

d'usage et d'habitation [7]; ni les servitudes réelles envisagées en elles-mêmes et séparément du fonds auquel elles sont dues [8]; ni les actions immobilières [9]; ni enfin les hypothèques elles-mêmes [10].

Les immeubles par destination, les servitudes réelles, et la redevance à laquelle donne lieu la concession d'une mine ne peuvent être hypothéqués qu'avec le fonds auquel ils sont attachés ou dont ils forment des accessoires, et se trouvent, d'un autre côté, virtuellement compris dans l'affectation de ce fonds.

Au surplus, un objet quelconque n'est susceptible de priviléges ou d'hypothèques qu'autant qu'il est placé dans le commerce. Art. 2118, n° 1, et arg. de cet article. Il en est ainsi notamment des biens composant un majorat. Toutefois, et par exception à cette règle, ces biens sont affectés au privilége des frais de justice [11].

§ 259 *bis*.

De la division des priviléges et des hypothèques sous le rapport de leur étendue.

Les priviléges sur les meubles sont généraux ou particuliers, suivant qu'ils portent sur la généralité des meubles ou sur certains meubles déterminés. Art. 2100.

A l'exception des priviléges généraux énumérés par l'art. 2101, qui, à défaut ou en cas d'insuffisance du mobilier, s'étendent subsidiairement à la généralité des immeubles, les autres priviléges immobiliers sont tous particuliers, et ne portent que sur certains immeubles déterminés. Art. 2103 et 2104.

[7] La règle posée au texte s'applique aux droits d'usage dans les forêts, comme à tous autres droits d'usage, puisqu'ils sont, aussi bien que ces derniers, incessibles et insaisissables. Art. 631. Troplong, I 108, II 403. Voy. en sens contraire: Grenier, I, 140; Battur, II, 232.

[8] Troplong, II, 401 et 402. Pont, n° 393.

[9] Tarrible, *Rép.*, v° Hypothèques, sect. II, § 3, art. 4, n° 6, 8°. Persil, sur l'art. 2118, n° 9. Delvincourt, III, 292. Battur, II, 234. Valette, p. 204. Troplong, II, 406. Pont, n° 395. — La question résolue au texte est toute différente de celle de savoir si l'on peut hypothéquer des immeubles que l'on ne possède pas actuellement, mais à l'égard desquels on jouit d'une action tendant à les recouvrer. Voy. sur cette question : § 266, texte n° 1 et note 11.

[10] Code de procédure, art. 778. Persil, sur l'art. 2118, n° 16. Grenier, I, 157. Duranton, XIX, 272. Troplong, II, 407. Valette, p. 206 et suiv. Pont, n° 394. Paris, 10 août 1809, Sir., 13, 2, 198.

[11] Décret du 1er mars 1808, art. 40 et suiv.

Les hypothèques sont générales ou spéciales, suivant qu'elles frappent tous les immeubles présents et à venir du débiteur, ou qu'elles n'affectent qu'un ou plusieurs immeubles présents spécialement désignés.

A cette division se rattache celle qui distingue les hypothèques, sous le rapport de leur origine, en légales, judiciaires, et conventionnelles, suivant qu'elles dérivent de la loi, d'un jugement, ou d'une convention [1]. Art. 2116 et 2117.

L'hypothèque judiciaire est générale de sa nature. Art. 2123, al. 2. Il en est en de même des hypothèques légales établies par l'art. 2121. Art. 2122. Les hypothèques conventionnelles, au contraire, ne peuvent être que spéciales [2]. Art. 2129.

En traitant au chapitre suivant des priviléges sur les meubles et sur les immeubles, nous ne nous occuperons d'abord que de ceux qui sont établis par le Code Napoléon. Nous expliquerons ensuite, dans un appendice, les priviléges résultant du Code de commerce ou de lois spéciales.

CHAPITRE II.

Des différents priviléges établis par le Code Napoléon.

A. Des priviléges sur les meubles.

§ 260.

I. *Des priviléges généraux sur les meubles.*

Les créances que le Code Napoléon déclare privilégiées sur la généralité des meubles [1] sont (art. 2101) :

1° *Les frais de justice.*

On doit considérer comme tels tous les frais faits, dans l'intérêt commun des créanciers, pour la conservation, la liquidation, la réalisation des biens du débiteur, et pour la distribution du prix

[1] Cpr. § 258, texte et note 3.

[2] Voy. sur la nature de l'hypothèque constituée conformément à l'art. 2130 : § 266, texte n° 1 et note 25 ; § 273, texte et note 4 ; § 282, texte et note 5 ; § 289, texte n° 3.

[1] Ces termes de l'art. 2101 comprennent tout ce qui est meuble d'après sa nature, ou par la détermination de la loi. Cpr. Civ. cass., 12 juillet 1854, Sir., 54, 1, 569.

en provenant, peu importe qu'ils aient été exposés à l'occasion ou dans le cours d'une instance judiciaire, ou qu'ils soient relatifs à des actes ou opérations extrajudiciaires.

Ainsi les frais de justice comprennent non-seulement ceux de saisie, de vente forcée, d'ordre ou de distribution de deniers, mais encore les frais de scellés, d'inventaire, de gestion et de compte, faits par l'héritier bénéficiaire, le curateur à succession vacante, ou le syndic d'une faillite [2]; et, en particulier, les frais des procès soutenus par un administrateur de l'une ou l'autre de ces catégories, soit pour repousser des prétentions élevées par des tiers, soit pour provoquer des condamnations contre des tiers [3].

Il en serait autrement des frais d'un partage amiable, fait entre des héritiers même bénéficiaires, dans leur intérêt exclusif et sans l'intervention d'aucun créancier [4].

Quant aux frais avancés par un créancier dans son intérêt personnel, par exemple pour faire reconnaître sa créance ou pour se procurer un titre exécutoire, ils ne forment pas, quoique faits en justice, des frais de justice dans le sens de l'art. 2101, et ne jouissent pas du privilége établi par cet article [5].

Ce privilége, fondé sur le motif d'équité que personne ne doit refuser la restitution d'avances utilement faites dans son intérêt, peut, suivant les circonstances, être sujet à une double limitation, quant aux objets sur lesquels il s'exercera, et quant aux créanciers auxquels il sera opposable.

Ainsi, lorsque certains frais de justice, comme par exemple des frais de saisie et de vente, concernent non point la généralité des meubles, mais seulement quelques objets déterminés, ils ne sont privilégiés que sur ces objets [6].

[2] Art. 810 et 814 du Code Nap. et 565 du Code de comm., et arg. de ces articles. Valette, n° 21. Pont, n° 69. Paris, 28 janvier 1812, Sir., 13, 2, 192. Metz, 4 mai 1820, Sir., 21, 2, 102. Req. rej., 11 août 1824, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 1, 516. Lyon, 16 janvier 1851, Sir., 52, 2, 344.

[3] Toullier, IV, 390. Bilhard, *Du bénéfice d'inventaire*, n^os^ 79 et suiv. Duranton, VII, 36. Amiens, 17 août 1836, Sir., 37, 2, 353.

[4] Pont, n° 69. Req. rej., 14 février 1852, Sir., 53, 1, 246.

[5] Valette, n° 22. Pont, n° 67. Martou, II, 316. La proposition est incontestable en tant qu'il s'agit de jugements pris contre le débiteur lui-même. Mais il semble qu'il doive en être autrement pour les jugements pris contre l'héritier bénéficiaire, le syndic d'une faillite, ou le curateur à succession vacante. Dans la pratique, on considère les frais de pareils jugements comme dus par *la masse*, et on en admet le prélèvement.

[6] Pont, n° 68. Cpr. Civ. cass., 28 juillet 1848, Dalloz, 1849, 1, 328.

D'un autre côté, quand des frais de justice, quoique relatifs à la généralité des meubles, ne profitent cependant pas à certains créanciers, investis de droits particuliers, pour la conservation ou la réalisation desquels les actes ou procédures qui ont occasionné ces frais étaient sans nécessité comme sans utilité, le privilége dont ils jouissent ne peut être opposé à ces créanciers. C'est ainsi que le privilége général pour frais de scellés, d'inventaire, et d'administration d'une succession bénéficiaire ou de la masse d'une faillite, n'est pas susceptible d'être opposé à des créanciers ayant des priviléges spéciaux fondés sur un nantissement exprès ou tacite, par exemple au créancier gagiste, au locateur, à l'aubergiste et au voiturier[7]. C'est ainsi encore que le privilége pour les frais occasionnés par une faillite, tels que les frais faits pour l'ouverture de la faillite et la convocation des assemblées de créanciers, les droits de greffe, et les honoraires des syndics, ne peut être opposé aux créanciers hypothécaires[8].

A plus forte raison le privilége des frais de justice, dont jouit l'héritier bénéficiaire ou le syndic d'une faillite, pour les dépens auxquels il a été condamné dans un procès soutenu contre un créancier de la succession ou de la faillite, n'est-il pas opposable à ce créancier qui a obtenu gain de cause[9].

2° *Les frais funéraires.*

Ces frais comprennent, outre les dépenses de l'ensevelissement et de la sépulture, les émoluments de la fabrique et les honoraires des ministres du culte; mais ils ne comprennent pas les sommes

[7] Code de proc. civ., art. 662 et 768, et arg. de ces articles. Merlin, *Rép.*, v° Privilége, sect. III, § 1, n° 2. Grenier, II, 300. Troplong, I, 130 et 131. Valette, n° 22. Pont, n° 67. Martou, II, 321 à 324. Paris, 27 novembre 1814, Sir., 16, 2, 205. Civ. rej., 20 août 1821, Sir., 22, 1, 28. Lyon, 27 mars 1821 et 14 décembre 1825, Sir., 26, 2, 51 et 53. Lyon, 1er avril 1841, Sir., 42, 2, 345. Lyon, 17 mars 1846, Sir., 46, 2, 438. Cpr. cep. Lyon 1851, Sir., 52, 2, 344.

[8] Mais le privilége pour frais de scellés et d'inventaire, après décès ou faillite, est opposable aux créanciers hypothécaires, puisque ces opérations, qui peuvent avoir pour effet de prévenir le divertissement des titres de propriété, concernent également l'intérêt de ces créanciers. Troplong, I, 131. Duranton, XIX, 44. Paris, 28 janvier 1812, Sir., 13, 2, 102. Req. rej., 11 août 1824, Sir., 25, 1, 55. Rouen, 2 décembre 1841, Sir., 42, 2, 158. Voy. en sens contraire : Martou, II, 325.

[9] Martou, II, 342. Civ. cass., 25 avril 1854, Sir., 54, 1, 369.

dues, soit pour le deuil de la veuve et des domestiques, soit pour l'érection d'un monument sur la tombe du défunt [10].

Le privilége dont il s'agit n'est pas limité aux frais funéraires du débiteur lui-même; il s'étend à ceux de ses enfants mineurs, et même de ses enfants majeurs, ou d'autres proches parents, qui vivaient avec lui comme membres de sa famille [11]. La déconfiture ou la faillite du chef de famille donne lieu au privilége pour les frais funéraires de ces personnes, à supposer, d'ailleurs, qu'elles soient décédées sans fortune [12].

Le privilége doit, dans tous les cas, être restreint aux dépenses jugées conformes à la condition du défunt [13].

3° *Les frais quelconques de la dernière maladie.*

Les termes *la dernière maladie*, ne peuvent s'entendre que de la maladie dont le débiteur est mort. Ils ne s'appliquent, ni aux ma-

[10] Il régnait, dans l'ancien Droit, de grandes dissidences sur le point de savoir si telles ou telles dépenses devaient être considérées comme frais funéraires et jouir du privilége. Le même désaccord existe dans la doctrine moderne, surtout en ce qui concerne les frais de deuil. A notre avis, il faut, d'après le principe, interpréter restrictivement les dispositions relatives aux priviléges, et, en l'absence de toute indication contraire, refuser le privilége aux frais de deuil, et surtout à ceux d'un monument funéraire. Ces frais, en effet, n'ont pas lieu *propter funus*, et l'on ne pourrait les comprendre parmi les frais funéraires, qu'en étendant la portée de ces termes au delà de leur sens naturel. Cpr. art. 1481 et 1570; § 258, texte et note 5; § 264 *ter*, texte et note 21. Merlin, *Rép.*, v° Deuil, § 2, n° 8. Grenier, II, 301. Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, II, 507. Troplong, I, 136. Valette, n° 26. Voy. en sens contraire: Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. III, § 1, n° 3; Persil, sur l'art. 2101, n° 4; Proudhon, *De l'usufruit*, I, 212; Duranton, XIX, 48; Taulier, VII, 122; Pont, n° 73; Agen, 28 août 1834, Sir., 35, 2, 426; Caen, 15 juillet 1836, Sir., 37, 2, 229.

[11] L. 17, D. *de reb. auct. jud. poss.* (42, 5). L'art. 2102, n° 2, parle *des frais funéraires* en termes généraux; et il y a d'autant moins de raison de limiter le privilége qu'il établit, aux frais des funérailles du débiteur lui-même, que les motifs de décence publique et de salubrité, sur lesquels ce privilége est fondé, s'appliquent avec la même force à l'inhumation des autres personnes indiquées au texte. Valette, n° 26. Duranton, XIX, 50. Voy. en sens contraire: Persil, sur l'art. 2101, n° 5; Zachariæ, § 260, note 6.

[12] Les frais funéraires sont, avant tout, une charge de la succession du défunt et si cette succession peut y pourvoir, il ne saurait être question de les réclamer par privilége sur les biens du chef de la famille. Valette, n° 26.

[13] On ne peut supposer au législateur l'intention d'accorder la faveur du privilége à des dépenses de luxe ou de vanité. L. 12, § 5, L. 14, § 6, D. *de relig. et sumpt. fun.* (11, 7). Persil, sur l'art. 2101, n° 6. Grenier, II, 301. Troplong, I, 134. Valette, n° 26. Pont, n° 72.

ladies des enfants ou proches parents du débiteur [14], ni à une maladie du débiteur lui-même, mais dont il a guéri, cette maladie eût-elle précédé, sans aucun intervalle de temps, sa faillite ou sa déconfiture [15].

Le privilége dont il est ici question couvre toute espèce de dépenses faites dans le cours et pour le traitement de la maladie dont le débiteur est mort, quelle qu'en soit d'ailleurs l'importance.

Quant aux dettes contractées pour satisfaire de simples fantaisies, elles ne jouissent du privilége qu'autant qu'elles ne sont pas hors de proportion avec la condition du défunt, et que les fantaisies du malade ont été provoquées par la nature même de la maladie [16].

[14] Les mots *la dernière maladie* se rapportent nécessairement à une personne déterminée, et cette personne ne peut être que le débiteur. D'ailleurs, le motif sur lequel est fondé le privilége dont il s'agit, ne s'applique point aux maladies des enfants ou proches parents du débiteur. Cpr. la note suivante.

[15] En accordant un privilége aux frais de dernière maladie, notre ancienne jurisprudence avait eu pour motif principal de procurer un peu de crédit aux personnes d'une solvabilité douteuse, en rassurant ceux qui leur fourniraient des secours, contre l'éventualité de la mort du débiteur et l'impossibilité où elle placerait ce dernier de s'acquitter lui-même d'une dette aussi sacrée. Aussi le privilége se trouvait-il restreint aux frais de la maladie dont le débiteur était mort; et rien ne porte à croire que les rédacteurs du Code aient voulu l'étendre aux frais de la maladie dont le débiteur, encore vivant, a été atteint avant sa faillite ou sa déconfiture. Vainement dit-on, pour soutenir le contraire, que les termes « frais *de la* dernière maladie », moins restreints que les expressions « frais *de* dernière maladie », employées dans l'ancien Droit, et qu'on retrouve dans l'art. 385 du Code Napoléon, peuvent très-bien s'appliquer à la maladie qui a précédé la déconfiture ou la faillite du débiteur. L'induction que l'on croit pouvoir tirer de la différence de ces deux locutions est d'autant moins concluante que la relation intime qui existe entre le n° 3 et le n° 2 de l'art. 2101, et la suite des idées qui y sont exprimées, autorisent à dire que, dans la pensée des rédacteurs de cet article, les termes « la dernière maladie » ont dû indiquer la maladie dont le débiteur est mort. Grenier, II, 302. Pardessus, III, 1194. Valette, n° 27. — M. Troplong (I, 137) accorde un privilége pour les frais de la maladie dont le débiteur a guéri, mais dans le cas seulement où cette maladie était encore dans toute sa gravité au moment de la faillite ou de la déconfiture. MM. Duranton (19, 64), Taulier (7, p. 124) et Pont (n° 78) admettent le privilége, même sans cette restriction, et bien que la maladie du débiteur eût cessé avant sa faillite ou sa déconfiture.

[16] Persil, sur l'art. 2101, § 3, n° 1. — M. Pont (n° 78) refuse tout privilége à des dépenses qui auraient eu pour objet de satisfaire de simples fantaisies. Mais, outre qu'il serait souvent difficile de distinguer de pareilles dépenses de celles que la maladie exigeait, ou qui pouvaient être utiles, il est certain qu'il y a telles fantaisies de malade qui sont déterminées par la maladie même, et il nous pa-

Si le débiteur est mort à la suite d'une maladie chronique, il paraît conforme à l'esprit de la loi de restreindre le privilége aux dépenses faites depuis l'époque où la maladie s'est aggravée au point de le menacer d'une mort prochaine [17].

4° Les salaires des gens de service.

Les termes *gens de service* désignent ceux qui engagent leur travail ou leur industrie, pour un temps déterminé et moyennant des gages fixes, au service, soit d'une personne, soit d'un ménage, ou d'une exploitation rurale, c'est-à-dire les domestiques proprement dits, les portiers, les valets de ferme, les pâtres etc. [18]. Mais ils en

raîtrait contraire à l'esprit de la loi de refuser le privilége aux dépenses faites pour les satisfaire.

[17] Persil, sur l'art. 2101, § 3. Valette, n° 27, 3e question. — MM. Duranton (XIX, 54) et Troplong (I, 137) enseignent, au contraire, que le privilége couvre indistinctement, et sans séparation d'époques ou de périodes, tous les frais de la maladie chronique qui a amené la mort du débiteur. M. Pont (n° 77) professe le même sentiment, mais en restreignant néanmoins le privilége aux créances qui ne seraient pas prescrites aux termes de l'art. 2272. Cette restriction tient à l'idée, inexacte selon nous, que l'on doit combiner avec l'art. 2101 les art. 2271 et 2272 relatifs à la prescription de certaines catégories de créances que le premier de ces articles déclare privilégiées. Cpr. texte *in fine*, et note 34 *infra*.

[18] La signification des termes *gens de service* n'étant pas déterminée d'une manière précise par l'usage, on pourrait à la rigueur les appliquer à tous ceux qui, en engageant leurs services moyennant des gages fixes, se placent d'une manière plus ou moins absolue sous l'autorité de celui chez lequel ils sont entrés en condition, et qui devient pour eux maître, chef, ou principal. C'est cette interprétation large que, d'après Zachariæ, nous avions adoptée dans nos premières éditions. Un nouvel examen de la question nous a fait changer d'avis. Dans l'ancien Droit, le privilége dont il s'agit n'existait qu'en faveur des domestiques proprement dits, c'est-à-dire des gens attachés au service personnel des maîtres ou à celui du ménage; et c'est aussi au profit des domestiques seuls que l'art. 11 de la loi du 11 brumaire an VII l'avait consacré. Si, à cette qualification traditionnelle, les rédacteurs du Code ont substitué celle de *gens de service*, on peut et on doit en conclure qu'ils ont entendu accorder la faveur du privilége à tous ceux qui, rendant des services d'une nature analogue, se trouvent dans les mêmes conditions de pauvreté et de dépendance, notamment aux gens attachés à une exploitation rurale. Mais il n'est pas permis d'en induire qu'ils aient voulu étendre le privilége à des services d'une nature plus relevée, qui ne placent pas ceux qui les rendent dans une dépendance aussi absolue, et ne présentent pas, pour ceux qui les reçoivent, le même caractère de nécessité. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que l'une des principales considérations qui ont porté le législateur à déclarer privilégiées les créances mentionnées aux trois derniers numéros de l'art. 2101, c'est que ces créances, d'ordinaire d'une importance peu considérable, représentent des secours ou des services indispensables aux

s'appliquent pas aux ouvriers ou gens de travail à la journée, encore qu'ils soient employés habituellement dans la même maison, et qu'ils ne reçoivent leur salaire qu'à la fin du mois, ou même de l'année [19]. Ils ne s'appliquent pas, d'un autre côté, aux secrétaires, précepteurs et bibliothécaires [20], ni aux commis ou clercs de fonctionnaires administratifs ou d'officiers ministériels [21].

Le privilége attaché aux salaires des gens de service est restreint aux gages de l'année échue et à ceux de l'année courante, c'est-à-dire de l'année dans laquelle a lieu le décès, la déclaration de faillite, ou la déconfiture du débiteur. Il existe, dans cette mesure, en faveur des individus qui louent leurs services à l'année, comme au profit de ceux qui les engagent au mois ou au trimestre.

La loi du 28 mai 1838, sur les faillites, a déclaré privilégiés, au même rang que les gages des gens de service, les salaires dus aux ouvriers de fabrique ou autres, employés directement par le failli, pour le mois qui a précédé la déclaration de faillite, ainsi que les appointements dus aux commis, pour les six mois qui ont précédé cette déclaration. Code de commerce, art. 549 [22].

familles ; et l'on se mettrait en opposition avec l'esprit de la loi, en étendant le privilége à des créances d'une importance beaucoup plus grande, et dont la cause ne présenterait plus le même caractère de nécessité. Nous ajouterons que la loi du 28 mai 1838, qui est venue assimiler les salaires des ouvriers et commis du failli aux salaires des gens de service, pour leur accorder un privilége analogue à celui qu'établit l'art. 2101, a pour ainsi dire déterminé législativement la véritable portée des expressions *gens de service*. Cpr. note 22 *infra* Valette, nos 28 à 31. Pont, nos 79 et 80.

[19] Bourges, 14 février 1823, Sir., 23, 2, 326. Civ. cass., 10 février 1829, Sir., 29, 1, 101. Paris, 1er août 1834, Sir., 34, 2, 619. Lyon, 6 mai 1842, Sir., 42, 2, 405. Cpr. Grenier, II, 303 ; Troplong, I, 142.

[20] Valette, no 33, 2e question. Pont, no 82. Voy. en sens contraire : Troplong, I, 142 ; Zachariæ, § 260, note 9.

[21] Pont, no 81. Aix, 21 mars 1844, Sir., 45, 2, 147. Civ. cass., 15 janvier 1855, Sir., 55, 1, 257.

[22] La question de savoir si les ouvriers de fabrique et les commis de négociants rentraient dans la classe des gens de service, et jouissaient, comme tels, du privilége en cas de faillite, avait été vivement controversée. La loi du 28 mai 1838 (Code de commerce, art. 549), en accordant aux ouvriers et aux commis un privilége placé au même rang que le privilége établi par le no 3 de l'art. 2101, a implicitement donné raison à l'opinion qui refusait le privilége. La rédaction même de l'article précité prouve que, dans la pensée de ses auteurs, il ne s'agissait pas seulement de régler un privilége déjà virtuellement établi par le Code Napoléon, mais de créer un privilége qui n'existait pas encore.

Le privilége établi, soit par l'art. 2101, n° 4, du Code Napoléon, soit par l'art. 549 du Code de commerce, ne peut, en cas de faillite du directeur d'un théâtre, être réclamé par les acteurs qui y sont attachés [23].

5° *Les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille, savoir pendant les six derniers mois par les marchands en détail, et pendant la dernière année par les maîtres de pension et marchands en gros.*

Toutes les fournitures de denrées ou de marchandises nécessaires, soit à l'alimentation du débiteur et de sa famille, soit au chauffage, à l'éclairage et, en général, à la consommation journalière du ménage, sont des fournitures de subsistances [24]. Mais ce caractère ne saurait être attribué, ni aux vêtements livrés au débiteur ou aux membres de sa famille [25], ni bien moins encore aux livres, papier, plumes et autres objets de cette nature fournis par les maîtres de pension à leurs élèves [26].

La famille du débiteur comprend, dans cette matière, non-seulement ses enfants, mais encore ses autres parents ou alliés vivant avec lui comme membres de la famille dont il est le chef. Elle comprend de même les gens de service [27].

[23] En effet, les artistes dramatiques ne sauraient être rangés dans la classe des gens de service. Cpr. note 18 *supra*. D'un autre côté, il ne paraît pas possible de les assimiler aux commis et ouvriers du failli, auxquels seuls la loi du 28 mai 1838 a accordé un privilége analogue à celui des gens de service. La condition précaire des artistes dramatiques serait, nous le reconnaissons, un motif pour le législateur de leur attribuer un privilége; mais tant qu'il ne le leur aura pas formellement accordé, on doit s'en tenir au principe fondamental que les priviléges ne sont susceptibles d'aucune extension. Lacan et Paulmier, *Législation des théâtres*, 1, 346. Demangeat, sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 581, à la note. Aix, 10 mars 1861, Sir., 62, 2, 9. Paris, 20 juin 1863, Sir., 63, 2, 254. Voy. en sens contraire: Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Engagement d'acteur, n° 215; Agnel, *Code des artistes dramatiques*, n° 205; Montpellier, 20 mars 1862, Sir., 62, 2, 270.

[24] Les objets de cette nature sont des accessoires indispensables des denrées alimentaires, et rentrent, comme ces dernières, sous la dénomination de *subsistances*. Valette, n° 35, 1re question. Pont, n° 92.

[25] Le mot *subsistances* n'a pas, dans notre langue, une signification aussi étendue que le mot *alimenta* en latin. Il paraît impossible d'y comprendre les habillements. Valette et Pont, *locc. citt.*

[26] Troplong, I, 147. Pont, *loc. cit.* Voy. cep. Merlin, *Rép.*, v° Pension, § 1; Grenier, II, 304.

[27] Persil, sur l'art. 2101, § 5, n° 4. Valette, n° 35, 2e question. Pont, n° 92.

Les fournitures faites à un aubergiste ou à un maître de pension ne sont privilégiées que dans la proportion de ce qui a dû servir à la consommation du débiteur et de sa famille[28].

Le privilége doit d'ailleurs être restreint aux fournitures que, d'après la condition du débiteur, les marchands qui les ont faites, ont pu, de bonne foi, considérer comme nécessaires à son entretien et à celui de sa famille[29].

La période de six mois ou d'un an, pour laquelle la loi accorde un privilége aux fournitures de subsistances, est celle qui a précédé immédiatement la mort du débiteur, sa déclaration de faillite, ou sa déconfiture devenue notoire[30]. Les fournisseurs n'auraient point de privilége à réclamer pour des livraisons faites à une époque plus reculée, encore que dans l'intervalle il fût intervenu un réglement de compte entre eux et le débiteur[31], ou qu'ils eussent formé contre lui une action en justice[32].

Les fournitures de subsistances faites par des individus non marchands ne jouissent d'aucun privilége[33].

[28] Pont, *loc. cit.* Rouen, 14 juillet 1819, Sir., 19, 2, 270. Lyon, 14 décembre 1832, Sir., 33, 2, 169.

[29] Pont, *loc. cit.*

[30] MM. Valette (n° 35) et Pont (n° 91) pensent que, dans le cas de déconfiture d'un non-commerçant, c'est la production faite par le créancier, conformément à l'art. 660 du Code de procédure civile qui forme le point de départ pour compter, en remontant en arrière, l'année ou les six derniers mois. Cette opinion ne nous paraît pas devoir être suivie. L'époque de l'ouverture de la distribution, par contribution sur le débiteur tombé en déconfiture, n'a rien de fixe, elle dépend du plus ou moins de diligence des créanciers, et ne saurait, par cela même, servir à régler le sort des priviléges. La seule époque à laquelle on puisse se placer pour apprécier les prétentions contradictoires des créanciers, que la déconfiture de leur débiteur commun a mis aux prises les uns avec les autres, est celle où la déconfiture s'est révélée par la saisie de son mobilier. C'est d'après les droits de chacun d'eux à ce moment, que devront être répartis les deniers qui proviendront de la réalisation de ce mobilier, et dont la loi ordonne la consignation pour leur compte commun. Nous ne comprendrions pas que tel marchand qui, pour ses fournitures de subsistances, aurait obtenu collocation par privilége, si la distribution des deniers avait pu avoir lieu immédiatement après la saisie, se trouvât complétement ou partiellement déchu de son privilége, par cela seul que la distribution n'a été ouverte que plus tard ; et bien moins encore que ce privilége pût être restreint par suite de nouvelles fournitures faites par d'autres marchands.

[31] Duranton, XIX, 63. Pont, n° 91. Bordeaux, 28 août 1844, Sir., 45, 2, 497.

[32] Limoges, 9 juin 1842, Sir., 43, 2, 10. Cpr. cep. Duranton et Pont, *locc. citt.*

[33] Persil, sur l'art. 2101, § 5. Grenier, II, 304. Troplong, I, 147 *bis*. Duranton, XIX, 65. Pont, n° 89.

Les priviléges établis par l'art. 2101, comme tous les priviléges, supposent, pour leur exercice, des créances susceptibles d'être opposées aux autres créanciers. Mais l'expiration des délais fixés par les art. 2271 et 2272 pour la prescription de plusieurs des catégories de créances mentionnées dans l'art. 2101, n'emportant pas, comme la prescription ordinaire, une présomption absolue de libération, n'entraîne pas non plus immédiatement et par elle-même l'extinction des priviléges attachés à ces créances. Il resterait toujours au créancier privilégié, auquel on opposerait la prescription, la ressource de déférer le serment purgatoire admis par l'art. 2275 [34].

[34] MM. Valette (nos 33 et 35) et Pont (nos 77, 86, 90) enseignent, au contraire, que le créancier est, après l'expiration des délais fixés par les art. 2271 et 2272, déchu de tout privilége, à moins que le cours de la prescription n'ait été régulièrement interrompu; et ce, par le motif que ces articles doivent être combinés avec l'art. 2101, dont ils forment le complément légal. En partant de ces idées, ces auteurs font remarquer que le no 4 de l'art. 2101 n'est pas en parfaite harmonie avec l'al. 5 de l'art. 2272, et décident, ce qui est plus grave, que les gens de service qui se sont engagés au mois ou au trimestre, et dont la créance se prescrit par six mois aux termes de l'art. 2271, ne peuvent réclamer de privilége pour les salaires de l'année échue, qu'autant qu'ils ont conservé leur créance au moyen de l'interruption de la prescription. Toute cette théorie nous paraît être le résultat d'une application erronée de l'art. 2225. Que l'on ne puisse, au préjudice d'autres créanciers, faire figurer dans une distribution de deniers ou dans un ordre, une créance frappée de prescription, alors qu'il s'agit d'une prescription qui, emportant une présomption absolue de libération, élève contre l'action du créancier une fin de non-recevoir péremptoire, cela se comprend, puisqu'il ne doit pas dépendre du débiteur de renoncer, aux dépens d'autres créanciers, à une exception de cette nature. Tel est le sens et l'objet de l'art. 2225, qui ne peut recevoir d'application aux prescriptions établies par les art. 2271 et 2272. Ces prescriptions, en effet, ne sont acquises au débiteur qu'à la charge de prêter le serment dont parle l'art. 2275; et le créancier, à qui l'une de ces prescriptions serait opposée par d'autres créanciers, ne peut être privé, par cela seul, de la faculté de déférer ce serment à son débiteur ou à ses représentants. D'un autre côté, le débiteur qui ne contesterait pas l'existence de la dette, ne saurait être considéré comme renonçant à une prescription définitivement acquise. Ces observations nous paraissent d'autant plus importantes que la réalisation et la distribution de l'actif mobilier du débiteur commun souffre souvent des retards indépendants de la volonté des créanciers, et que, dans le système que nous combattons, des créanciers privilégiés dont les créances sont d'ordinaire de peu d'importance, seraient obligés, pour échapper à la déchéance de leur privilége, d'engager des procès contre le débiteur ou ses représentants, alors cependant qu'ils auraient la conviction que ceux-ci ne contesteront pas leurs réclamations. Or, un pareil résultat est, à notre avis, contraire à l'esprit de la loi. Cpr. Bordeaux, 14 février 1849, Sir., 49, 2, 500.

§ 261.

II. *Des priviléges sur certains meubles.*

Les créances auxquelles le Code Napoléon a attaché un privilége sur certains meubles sont les suivantes :

1° *Les créances résultant de baux de maisons ou de biens ruraux*[1]. Art. 2102, n° 1.

Le privilége attaché à de pareilles créances appartient à tous ceux qui ont donné à bail des maisons ou des biens ruraux[2], soit comme propriétaires, soit comme usufruitiers, ou même comme locataires principaux[3].

Toutefois, comme il repose sur un nantissement tacite ou présumé, il n'existe qu'à la condition de la possession ou détention des immeubles loués : il s'évanouit d'une manière absolue, et à l'égard de toutes personnes indistinctement, dès que, par suite de vente ou de cession du bail, le propriétaire ou le locataire principal s'est dessaisi de ces immeubles au profit de l'acquéreur ou du cessionnaire[4].

[1] Cpr. LL. 3, 4 et 7, D. *in quib. caus. pign.* (20, 2). Coutume de Paris, art. 161 et 171. Code de proc., art. 819 et suiv.

[2] Le locataire d'une maison ou d'une usine qui, en la sous-louant, aurait compris dans la sous-location des meubles ou machines à lui appartenant, n'aurait aucun privilége pour le loyer de ces objets. Grenoble, 20 février 1843, Sir., 44, 2, 11.

[3] En effet, l'art. 2102, n° 1, déclare privilégiés les loyers et fermages comme tels, sans exiger qu'ils soient dus au propriétaire lui-même. C'est au fait de la location, et non au droit de propriété, qu'il attache la garantie spéciale du privilége. On objecterait en vain que le dernier alinéa du n° 1 de l'art. 2102 ne parle que *du propriétaire ;* car il est évident que ce terme n'y est employé que d'une manière purement énonciative. Cpr. Code de proc., art. 819. Ferrière, *Corps et compilation de tous les commentateurs*, II, 1040, 1042 et 1049. Merlin, *Rép.*, v° Privilége, sect. III, § 2, n° 3. Persil, sur l'art. 2102, n° 24. Chauveau, sur Carré, n° 2793. Troplong, I, 152. Martou, II, 388. Pont, n° 117.

[4] Martou, II, 389. — Il a été jugé, en conséquence du principe énoncé au texte, que celui qui a cessé d'être propriétaire ou locataire principal, n'a plus le droit de former une saisie-gagerie pour loyers échus, soit avant l'aliénation de l'immeuble loué, soit avant la cession ou la résiliation du bail principal. Nîmes, 30 janvier 1820, Sir., 20, 2, 105. Orléans, 23 novembre 1838, Sir., 39, 2, 427. Cpr. Req. rej., 14 février 1827, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 1, 527 ; Paris, 12 janvier 1848, Sir., 48, 2, 129. Voy. en sens contraire : Caen, 2 juin 1851, *Jour. du Pal.*, 1853, 1, 482.

Le privilége du locateur d'une maison porte sur *tout ce qui la garnit* [5], c'est-à-dire sur tous les meubles corporels qui y sont placés à demeure, soit pour la commodité et l'agrément de l'habitation, soit pour servir aux usages domestiques ou à l'exercice de la profession du locataire, soit comme faisant partie d'une collection de livres, de tableaux, ou de médailles. Il affecte même les objets placés à temps seulement dans la maison louée, et pour être consommés ou vendus, notamment les marchandises faisant partie du commerce du locataire [6].

Les objets qui rentrent dans l'une ou l'autre de ces catégories sont soumis au privilége, peu importe qu'ils restent constamment en évidence, comme les meubles meublants, ou qu'ils soient ordinairement tenus renfermés, comme la vaisselle d'argent [7].

Mais le privilége ne s'étend, ni au numéraire, ni aux bijoux à l'usage personnel des locataires, ni à plus forte raison aux titres de créance [8]. Il ne s'étend pas davantage à l'indemnité due, en cas

[5] La Coutume de Paris (art. 161) et celle d'Orléans (art. 108) avaient soumis au privilége du locateur : *tous les biens étant dans la maison — tous les meubles qu'il trouve en son hôtel ;* et l'interprétation de ces textes avait fait naître de nombreuses controverses. Les rédacteurs du Code n'ont pas employé des termes aussi larges : les expressions dont ils se sont servis, en établissant le privilége « sur le prix de tout ce qui *garnit* la maison louée ou la ferme, » ne comprennent évidemment pas tout ce qui *se trouve* dans les localités louées. C'est là un point généralement reconnu ; mais il y a encore divergence d'opinions sur la question de savoir si certains objets mobiliers doivent être considérés comme garnissant la maison louée, et par suite comme soumis au privilége. Martou, II, 407.

[6] En effet, tous les objets qui rentrent dans l'une ou l'autre de ces catégories *garnissent*, eu égard à leur destination et à la condition du locataire, les localités louées. On peut dire qu'ils ont un rapport direct, et en quelque sorte nécessaire, avec l'habitation du locataire dans la maison louée. Aussi les propositions émises au texte sont-elles communément admises.

[7] *Lex non distinguit.* La circonstance que la vaisselle d'argent ou d'autres objets destinés aux usages domestiques sont ordinairement tenus sous clef, n'empêche pas que ces objets ne fassent partie de ce qui garnit la maison louée. Valette, n° 55. Pont, n° 121.

[8] Troplong, I, 150. Valette, *loc. cit.* Martou, II, 408. — M. Pont (*loc. cit.*), tout en reconnaissant que le numéraire et les titres de créance ne sont pas soumis au privilége, enseigne le contraire en ce qui concerne les bijoux et pierreries à l'usage personnel des locataires. Mais ces objets, pas plus que le numéraire, ne peuvent être considérés comme *garnissant* la maison louée. Ils n'ont aucun rapport nécessaire avec l'habitation du locataire dans cette maison, puisqu'ils ne servent, ni à l'exercice de sa profession, ni aux usages domestiques, ni à l'exploitation des localités louées.

d'incendie, au locataire qui a fait assurer son mobilier ou son risque locatif[9], ni à l'indemnité allouée au locataire pour privation de jouissance, au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique[10].

En matière de bail à ferme, le locateur a privilége, non-seulement sur les meubles qui garnissent la ferme et sur tout ce qui sert à l'exploitation rurale, mais encore sur les fruits et récoltes de l'année.

Le privilége spécial sur les fruits et récoltes de l'année[11] appartient à tout locateur de biens ruraux, que le bail comprenne ou ne comprenne pas des bâtiments de ferme. Dans le premier cas, il n'est pas subordonné à la condition que les récoltes soient déposées dans les bâtiments loués : il peut s'exercer par voie de saisie brandon sur les fruits et récoltes pendants par branches ou par racines; et il affecte les produits déjà récoltés, alors même qu'ils ont été déposés dans des bâtiments appartenant à un tiers[12],

[9] Alauzet, *Traité des assurances*, II, 452. Req. rej., 20 décembre 1859, Sir., 60, 1, 24. Req. rej., 31 décembre 1862, Sir., 63, 1, 531. Voy. en sens contraire : Pouget, *Dictionnaire des assurances*, v° Action directe, n° 3, et v° Privilége, n° 2; Paris, 13 mars 1837, Sir., 37, 2, 370. Cpr. aussi : Paris, 24 mars 1855, Sir., 56, 2, 157. — Le bailleur pourrait sans doute imposer au locataire l'obligation de faire assurer son mobilier ou son risque locatif, et se faire subroger au bénéfice de l'indemnité à laquelle celui-ci aurait éventuellement droit. Mais, en l'absence d'une pareille subrogation, cette indemnité ne constitue qu'une créance personnelle au locataire, et forme, à ce titre, le gage commun de tous ses créanciers.

[10] La Cour de Rouen a cependant jugé le contraire par arrêt du 12 juin 1863 (Sir., 63, 2, 175). Cette décision, fondée sur le rapprochement des art. 1741 du Code Napoléon et 18 de la loi du 3 mai 1841, ne nous paraît pas admissible. De ce que le bailleur aurait été en droit de faire prononcer la résolution pour défaut de paiement du loyer, il ne résulte nullement que, ne l'ayant pas fait, l'indemnité due au locataire pour privation de jouissance puisse être réclamée par le bailleur en son nom personnel, ou doive lui être attribuée à l'exclusion des autres créanciers.

[11] Ce privilége, distinct de celui qui porte sur ce qui garnit la maison louée ou la ferme, ne repose pas, comme ce dernier, sur un nantissement tacite ou présumé. Il est fondé sur ce que le locateur est censé n'avoir abandonné les fruits futurs des immeubles loués qu'à la condition du paiement des fermages, et en avoir ainsi, en quelque sorte, retenu la propriété. Troplong, I, 158. Valette, n° 94. Pont, n° 123.

[12] Cpr. art. 1767. Persil, sur l'art. 2102, § 1, n° 9. Grenier, II, 312. Troplong, I, 159 et 165 *bis*. Valette, n° 94. Pont, n° 123. Poitiers, 30 décembre 1823, Sir., 25, 4, 49. — Il peut s'élever de sérieuses difficultés sur l'application du privilége d'un bailleur dans le cas où le fermier cultivant, avec les immeubles loués par ce bailleur, des biens dont il est lui-même propriétaire ou qu'il tient à ferme d'autres personnes, toutes ses récoltes se trouvent déposées dans les

à la charge, toutefois, du privilége du locateur de ces bâtiments [13]. Que si les fruits ou récoltes avaient été serrés dans des bâtiments dépendants de la ferme, ils seraient soumis au privilége du locateur de la ferme à un double titre, c'est-à-dire tant à raison de leur origine, que comme objets garnissant la ferme; et, sous ce dernier rapport, il n'y aurait même plus de distinction à faire entre les fruits ou récoltes de l'année et ceux des années précédentes [14].

En cas de sous-location, le privilége du bailleur originaire s'étend aux meubles et aux fruits ou récoltes des sous-locataires, mais seulement dans la mesure de l'action directe qui lui compète contre eux [15]. Sous la réserve du privilége du bailleur originaire, les meubles, ainsi que les fruits ou récoltes des sous-locataires, sont affectés au privilége du sous-locateur de la même manière que ceux d'un locataire ou fermier direct le sont au privilége du propriétaire ou de l'usufruitier [16].

Les objets qui, d'après ce qui précède, sont soumis au privilége du locateur, comme garnissant la maison louée ou la ferme, y sont affectés, bien qu'ils appartiennent à des tiers, et qu'ils n'aient été livrés au locataire ou fermier qu'à titre précaire, par exemple à titre de commodat, de bail à loyer, ou de dépôt volontaire [17].

Cette proposition souffre cependant exception dans les trois cas suivants :

a. Lorsqu'il s'agit d'objets volés ou perdus. Dans ce cas, le tiers propriétaire peut, pendant trois ans, à compter du jour du vol ou de la perte, revendiquer ces objets au préjudice du locateur du bâtiment où ils ont été placés [18].

mêmes bâtiments. En pareil cas, les tribunaux auraient à déterminer, d'après les données ou éléments ressortant des circonstances de la cause, la portion du prix total des récoltes sur laquelle porterait le privilége.

[13] Voy. les autorités citées à la note précédente.

[14] Troplong, Valette et Pont, *locc. citt.*

[15] Cpr. art. 1753 et Code de proc., art. 820; § 368, texte *in fine* et notes 16 à 18. Troplong, I, 151 *bis*. Pont, nº 119. Martou, II, 419. Req. rej., 2 avril 1806, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 1, 231.

[16] Code de proc., art. 819.

[17] Arg. art. 2279, al. 1er, cbn. art. 1813 et 2102, nº 4. Cpr. § 183, texte nº 6 et note 33. Merlin, *Rép.*, vº Privilége, sect. III, § 2, nº 4. Delvincourt, III, p. 272. Persil, sur l'art. 2102, § 1, nº 2. Grenier, II, 311. Troplong, I, 151. Valette, nº 56. Martou, II, 411. Paris, 26 mai 1814, Sir., 15, 2, 227. Civ. rej., 9 août 1815, Sir., 20, 1, 469. Grenoble, 4 août 1832, Sir., 33, 2, 74. Douai, 19 février 1848, Sir., 48, 2, 743.

[18] Arg. art. 2279, al. 2. Martou, II, 418.

b. Lorsque, dès avant l'introduction dans les bâtiments loués d'effets appartenant à des tiers, le locateur a eu connaissance des droits de ces derniers[19]. Il importe même peu qu'il en ait été averti par une notification régulière, émanée du propriétaire de ces effets, ou qu'il en ait été informé par toute autre voie[20]. Mais la connaissance qu'il n'aurait obtenue de ce fait qu'après l'introduction de pareils objets dans les bâtiments loués, ne ferait pas obstacle à l'exercice du privilége, même pour les loyers à écheoir[21].

c. Quand il est question d'objets qui, par suite d'un dépôt nécessaire, ont été momentanément placés dans les bâtiments loués, ou qui, à raison de la profession ou de l'industrie du locataire, lui ont été passagèrement confiés, soit pour les réparer, façonner ou manufacturer, soit pour les transporter en un autre lieu, soit enfin pour les vendre au compte du propriétaire. C'est ce qui a lieu à l'égard des effets déposés par des voyageurs dans une hôtellerie, du linge remis à une blanchisseuse, des étoffes confiées à un tailleur, de toutes matières premières livrées à un artisan ou à un fabricant pour être mises en œuvre, enfin, des marchandises placées en consignation chez un commissionnaire[22].

Le privilége du bailleur a pour objet de garantir l'exécution complète du bail. Il s'applique non-seulement aux loyers ou fermages, mais encore aux autres obligations du preneur, telles que

[19] Arg. art. 1813 et 2102, nº 2, al. 3.

[20] Troplong, I, 151. Valette, nº 55. Pont, nº 122. Martou, II, 415. Req. rej., 31 décembre 1833, Sir., 34, 1, 852. Lyon, 13 mars 1848, Sir., 49, 2, 326. Cpr. aussi note 22 *infra*. — Il en est ainsi du cheptel livré au fermier, comme de tous autres objets appartenant à des tiers. *Nec obstat* art. 1813. Req. rej., 7 mars 1843, Sir., 43, 1, 285. Cpr. Bordeaux, 16 mars 1849, Sir., 49, 2, 328.

[21] M. Pont (nº 119) pense que le tiers propriétaire serait fondé à réclamer la restitution du mobilier à lui appartenant, en offrant de payer tous les loyers échus et un terme à écheoir. Mais cette restriction du privilége du locateur ne se justifie pas suffisamment, à notre avis, par les considérations d'équité invoquées pour la faire admettre. Paris, 26 mai 1814, Sir., 15, 2, 227.

[22] Les objets mobiliers, qui rentrent dans ces diverses catégories, ne sauraient être considérés comme garnissant les lieux loués, dans le sens qui s'attache à cette expression. D'ailleurs le propriétaire doit, à raison des circonstances dans lesquelles a eu lieu l'introduction de pareils objets, ou à raison de la profession du locataire, être présumé avoir su que ce dernier n'en était pas propriétaire. Troplong, I, 151. Valette, nº 56. Pont, nº 122. Marlou, II, 417. Req. rej., 22 juillet 1823, Sir., 23, 1, 420. Poitiers, 30 juin 1825, Sir., 25, 2, 432. Civ. rej., 25 mars 1826, Sir., 26, 1, 390. Paris, 2 mars 1829, Sir., 29, 2, 213. Req. rej., 31 décembre 1833, Sir., 34, 1, 852. Paris, 18 décembre 1848, Sir., 48, 2, 756. Voy. cep. Paris, 5 mai 1828, Sir., 28, 2, 219.

les réparations locatives, les indemnités pour détériorations survenues par sa faute, et les avances qui lui ont été faites en vertu des clauses du bail [23].

Ce privilége, qui de sa nature est destiné à assurer le paiement des loyers et fermages pendant toute la durée du bail, couvre indistinctement tous les termes échus et non prescrits [24], peu importe que le bail soit purement verbal, ou que l'écrit qui le constate n'ait point acquis date certaine [25].

[23] Grenier, II, 389. Duranton, XIX, 96. Persil, sur l'art. 2102, § 1, nº 27. Troplong, I, 151. Martou, II, 402 à 404. Douai, 18 avril 1850, Sir., 51, 2, 77. — Le privilége existe-t-il également pour les avances faites au fermier dans le cours du bail et en vue de la bonne exploitation des terres? Voy. pour l'affirmative: Troplong, *loc. cit.*; Duranton, XIX, 97; Valette, nº 60; Martou, II, 405; Angers, 27 août 1821, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 471; Limoges, 26 août 1848, Sir., 49, 2, 34. Voy. pour la négative: Grenier et Persil, *locc. citt.*

[24] Le privilége sur les meubles qui garnissent une maison louée, est cependant restreint à six mois de loyers, en tant qu'il s'agit de l'opposer à l'administration des contributions indirectes. Décret du 1er germinal an 13, art. 47. Cpr. Civ. rej., 26 janvier 1852, Sir., 52, 1, 122. Voy. aussi § 263 *bis*, texte lett. *c*.

[25] La restriction que le deuxième alinéa du nº 1 de l'art. 2102 a apportée au privilége du locateur, quant aux baux verbaux ou sans date certaine, ne s'applique, d'après le motif sur lequel elle repose, comme d'après le texte de la loi, qu'aux loyers à écheoir. En établissant cette restriction, le législateur n'a entendu, ni punir le bailleur qui aurait laissé s'accumuler plusieurs termes de loyers, ni prévenir les fraudes que pourraient commettre le bailleur et le preneur en dissimulant des paiements faits par ce dernier: ce qui le prouve, c'est que, relativement aux baux ayant date certaine, il a maintenu le privilège pour tous les loyers échus indistinctement, alors cependant que le reproche de négligence aurait également pu s'adresser au bailleur, et que les mêmes dangers de collusion étaient à craindre. Ce que les rédacteurs du Code ont voulu empêcher, c'est un concert entre le bailleur et le preneur pour assigner au bail, au préjudice des autres créanciers, une durée plus longue que celle qu'il devait avoir en réalité, fraude qu'il eût été difficile, et souvent impossible, de découvrir et de prouver. En vain dit-on que le bailleur et le preneur peuvent aussi se concerter pour élever le prix des loyers, ou pour imposer à celui-ci d'autres obligations purement fictives; que dès lors le législateur a dû également chercher à prévenir ou à déjouer de pareilles combinaisons. Il est, en effet, certain que, s'il y avait une exagération de quelque importance dans les conditions du bail, telles qu'elles sont alléguées, la fraude serait facilement établie, soit par la notoriété des valeurs locatives d'après l'usage suivi dans le pays, soit au moyen d'une expertise. Quant au texte de la loi, il paraît décisif sur la question: les termes, *pour une année à partir de l'expiration de l'année courante*, qui se trouvent dans le deuxième alinéa du nº 1 de l'art. 2102, indiquent clairement que le législateur n'a voulu régler que le sort des loyers à écheoir, sans s'occuper, ni de ceux de l'année courante, ni de ceux des années précédentes, loyers qui, les uns et les autres, jouissent du privilége attaché aux loyers et fermages en général, par cela

Mais, en ce qui concerne les loyers ou fermages à écheoir, l'exercice du privilége est soumis à la distinction suivante. Si le bail est constaté par acte authentique ou par un acte sous seing privé ayant reçu date certaine antérieurement à la saisie des meubles du preneur, le bailleur a le droit de se faire colloquer par privilége, pour la totalité des loyers à écheoir pendant tout le temps du bail qui reste à courir [26]. Si, au contraire, le bail est purement verbal, ou qu'il ne se trouve constaté que par un acte sous signatures privées dénué de date certaine, le privilége n'a lieu que pour l'année courante et celle qui la suit.

Lorsque le bailleur a obtenu collocation pour un ou plusieurs termes à écheoir, les autres créanciers sont autorisés à relouer la maison ou la ferme, et à faire leur profit des loyers ou fermages [27],

seul qu'il ne leur a pas été retiré. Voy. aussi Code de proc., art. 661 et 819. Duranton, XIX, 92. Troplong, I, 156. Demangeat, sur Bravard, *Traité de drait commercial*, V, p. 140, à la note. Civ. cass., 28 juillet 1824, Sir., 25, 1, 54. Req. rej., 6 mai 1835, Sir., 36, 1, 433. Grenoble, 28 décembre 1838, Sir., 39, 2, 356. Douai, 29 août 1842, Sir., 43, 2, 416. Lyon, 28 avril 1847, Sir., 48, 2, 129. Metz, 6 janvier 1859, Sir., 59, 2, 129. Voy. en sens contraire: Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. III, § 2, n° 5; Grenier, II, 309; Persil, sur l'art. 2102, § 1, n° 22; Delvincourt, III, p. 273; Valette, n° 63; Pont, n° 127. Bordeaux, 17 décembre, 1839, Sir., 40, 2, 202. L'opinion de ces auteurs se fonde principalement sur la discussion au Conseil d'État, discussion qui semble, en effet, lui prêter un certain appui, mais qui, néanmoins, n'est pas assez précise pour être considérée comme décisive. Elle n'a pas d'ailleurs abouti à une résolution définitive, mais à un simple renvoi à la Section de législation, et les procès-verbaux subséquents n'indiquent pas quelle a été la suite donnée à ce renvoi. Voy. Locré, *Lég.*, XVI, p. 241, n° 11. Nous ajouterons que les partisans de l'opinion que nous combattons, d'accord entre eux pour refuser tout privilége aux loyers ou fermages arriérés, ne le sont plus sur le point de savoir si ceux de l'année *courante* sont ou non privilégiés. D'après Tarrible et Grenier le privilége a lieu uniquement pour l'année qui suit l'année courante; d'après Persil, Delvincourt, MM. Valette et Pont, il existe également pour l'année courante.

[26] Le bailleur serait-il fondé à réclamer une pareille collocation dans le cas même où la relocation ayant été consentie au profit d'un tiers auquel auraient également été vendus le fonds de commerce et les meubles du locataire, la maison continuerait à être garnie du même mobilier que par le passé? Voy. en sens divers sur cette question qui, à notre avis, devrait, en principe et sauf les circonstances particulières de la cause, être résolue pour l'affirmative: Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, p. 141, à la note; Paris, 2 mai 1857, Sir., 57, 2, 727; Civ. rej., 7 décembre 1858, et Req. rej., 28 décembre 1858, Sir., 59, 1, 423 et 425; Paris, 12 décembre 1861, Sir., 62, 2, 49; Paris, 27 novembre 1862, et 26 juin 1863, Sir., 63, 2, 247 et 248.

[27] La loi ne confère expressément aux créanciers la faculté de relocation que dans le cas où le bail est constaté par un acte ayant date certaine. Mais, comme

à la charge toutefois de payer au bailleur tout ce qui lui serait encore dû[28]. Que si les créanciers trouvaient onéreuse une relocation à faire pour tout le temps que le bail doit courir, ils pourraient en limiter la durée au temps pour lequel le bailleur aura reçu d'avance les loyers ou fermages[29].

cette faculté est une compensation accordée aux créanciers pour le préjudice que leur cause le propriétaire, en se faisant colloquer pour des loyers ou fermages à écheoir, elle est indépendante de la forme du bail, et doit exister toutes les fois, et par cela seul que le propriétaire obtient un paiement anticipé. On ne saurait, d'ailleurs, admettre que, par suite de la déconfiture du preneur, le bailleur pût, tout à la fois, toucher les loyers ou fermages et conserver la jouissance de l'immeuble. Valette, nº 64. Pont, nº 128. Martou, II, 396.

[28] On enseigne généralement que les créanciers qui veulent relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail, ne sont point tenus de payer, par anticipation au bailleur, tout ce qui lui restera dû sur les loyers ou fermages à écheoir, et qu'il suffit qu'ils procurent un nouveau locataire dont le mobilier garantisse ces loyers ou fermages, avec engagement personnel de leur part de les acquitter à mesure des échéances. Voy. en ce sens : Duranton, XIX, 91 ; Valette, nº 64 ; Mourlon, nº 95 ; Pont, nº 129 ; Martou, II, 400. Nous ne saurions partager cette opinion, qui n'a pour elle qu'un faux semblant d'équité, et qui, nous le croyons, est aussi contraire au texte du nº 1 de l'art. 2102, qu'aux principes généraux du Droit. En effet, les termes « à la charge de payer au propriétaire *tout ce qui lui serait encore dû*, ». expriment d'autant plus nettement l'idée d'un réglement complet, comme condition préalable de la relocation, qu'en accordant aux créanciers le droit de relouer l'immeuble, l'art. 2102, nº 1 ajoute *et de faire leur profit des baux ou fermages*, ce qui suppose qu'ils ont d'avance désintéressé le bailleur. D'un autre côté, ce dernier ne pourrait, en bonne règle, être forcé d'accepter comme débiteurs, au lieu et place du preneur, des créanciers peut être nombreux, et entre lesquels la dette se diviserait dans la proportion de leur intérêt. Il faut enfin ne pas perdre de vue qu'il s'agit, non d'une sous-location, mais d'une relocation que les créanciers sont autorisés à faire pour leur compte, dans le cas même où le bail porte interdiction de la faculté de sous-louer. Cpr. dans le sens de notre opinion : Civ. rej., 4 janvier 1860, Sir., 60, 1, 17. Voy. aussi note 30 *infra*.

[29] De ce que la loi autorise les créanciers à relouer la maison ou la ferme, *pour le restant du bail*, dans le cas même où le bailleur n'a pas obtenu une collocation portant sur la totalité des loyers ou fermages à écheoir, on aurait tort de conclure qu'il ne leur est pas permis de proportionner la durée de la relocation au temps pour lequel le bailleur a été payé par anticipation. Cette conclusion serait en contre-sens de l'esprit de la loi ; et son admission aurait pour résultat de rendre illusoire, dans beaucoup de cas, la faculté de relocation. En effet, si, comme cela a lieu le plus souvent, la maison ou la ferme ne devait être relouée que pour un loyer ou fermage inférieur à celui du bail, les créanciers seraient obligés de parfaire la différence de leurs propres deniers, ce qui pourrait leur enlever tout le bénéfice de la relocation, ou même la leur rendre onéreuse. En vain objecte-t-on qu'il ne doit pas être permis aux créanciers de scinder le bail,

La faculté de relocation leur appartient alors même qu'une clause spéciale a interdit la cession du bail ou la sous-location[30].

Du reste, elle ne leur est accordée que dans le cas où le bailleur a demandé et obtenu collocation pour des termes non encore échus, et ne peut par suite être exercée, quand ce dernier n'a fait valoir son privilége que pour les loyers ou fermages échus[31].

Le privilége du locateur n'a pas seulement pour effet, comme les priviléges mobiliers en général, de donner un droit de préférence sur le prix des objets qui en sont grevés. Il autorise, en outre, le locateur à suivre entre les mains des tiers possesseurs, même de bonne foi[32], et à revendiquer ou à frapper de saisie ceux de ces objets qui auraient été déplacés sans son consentement exprès ou tacite[33]. Art. 2102, n° 1, al. 5.

et que, pour pouvoir en profiter, ils doivent l'accepter pour toute sa durée. Cette objection n'aurait de valeur que si les créanciers, agissant comme ayants cause du preneur, puisaient le droit de relocation dans le bail. Mais il n'en est point ainsi : ce droit leur est accordé par la loi en dehors des stipulations de ce contrat, et en compensation du préjudice que leur cause le bailleur en demandant une collocation pour des termes non encore échus. L'objection porte donc à faux. Persil, sur l'art. 2102, § 1, n° 18. Mourlon, n° 96. Pont, n° 129. Civ. rej., 4 janvier 1860, Sir., 60, 1, 17. Voy. en sens contraire : Duranton, XIX, 91 ; Valette, n° 64 ; Martou, II, 399.

[30] La clause ne serait pas opposable aux créanciers, puisqu'ils exercent un droit qui leur est propre et qu'ils ne puisent pas dans le bail. Voy. la note précédente. Persil, sur l'art. 2102, § 1, n° 20. Grenier, II, 309. Duranton, XIX, 90. Troplong, I, 155. Valette, n° 64. Pont, n° 128. Martou, II, 397. Voy. en sens contraire : Paris, 24 février 1825, Dalloz, 1826, 2, 208.

[31] Il en est incontestablement ainsi, lorsque le bail porte défense de sous-louer ; mais en sera-t-il de même dans l'hypothèse contraire ? MM. Valette et Pont (*locc. citt.*) pensent qu'en l'absence de clause prohibitive de la sous-location, les créanciers seraient autorisés, en vertu de l'art. 1166, à relouer l'immeuble pour le restant du bail, malgré le bailleur qui se bornerait à réclamer les loyers ou fermages échus. A notre avis, l'application à la question de l'art. 1166 est pour le moins contestable. La loi, considérant le bail comme rompu par la déconfiture du preneur et la distribution du prix de son mobilier, suppose que ce dernier doit vider les lieux ou abandonner la culture, et ne réserve aux créanciers le droit de relouer l'immeuble que dans le cas où le bailleur a fait valoir son privilége pour des termes non encore échus. Les créanciers ne pouvant pas, contre le gré du bailleur, se substituer au preneur quant à ses engagements, on ne voit pas non plus à quel titre et de quel droit ils exerceraient la faculté de sous-louer. Martou, II, 401.

[32] L'opinion de Grenier (II, 311), d'après lequel la revendication ne pourrait être exercée au préjudice d'un tiers possesseur de bonne foi, a été généralement rejetée. Martou, II, 435.

[33] Le consentement tacite s'induirait de la circonstance que l'enlèvement des

Le locateur est censé avoir consenti d'avance à l'aliénation, lorsqu'il s'agit de choses qui, telles que des marchandises ou des récoltes, sont d'après leur nature destinées à être vendues, et ne peut, par conséquent, revendiquer des choses de cette espèce, quand de fait elles ont été livrées à un acheteur de bonne foi [34].

D'un autre côté, le locateur ne serait pas admis à exercer son droit de revendication sur des objets quelconques aliénés par le preneur, si le mobilier restant dans la ferme ou dans la maison louée présentait encore une valeur suffisante pour garantir pleinement l'exécution du bail [35].

Le droit de suite, attaché au privilége du bailleur, ne dure que quarante jours, à compter du déplacement [36], s'il s'agit du mobilier d'une ferme, et quinze jours, s'il est question du mobilier garnissant une maison.

meubles a eu lieu au vu du locateur et sans opposition de sa part. Persil, sur l'art. 2102, § 1, nº 3. Valette, nº 67. Pont, nº 131. Cpr. Poitiers, 17 février 1834, Sir., 35, 2, 124.

[34] Persil, *loc. cit.* Troplong, 1, 163. Valette et Pont, *locc. citt.* Martou, II, 434.

[35] Arg. art. 1752. Persil, sur l'art. 2102, § 1, nº 4. Grenier, II, 311. Troplong, I, 164. Valette, nº 67. Martou, II, 436. Chauveau, sur Carré, *Lois de la procédure*, nº 2798. Req. rej., 8 décembre 1806, Sir., 7, 1, 52. Rouen, 30 juin 1846, Sir., 47, 2, 540. Voy. cep. en sens contraire: Mourlon, nº 164; Pont, I, 132; Paris, 2 octobre 1806, Sir., 7, 2, 30; Poitiers, 28 janvier 1819, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 15. Cette opinion exagère la portée de la loi, et permettrait au locateur de faire d'un privilége uniquement destiné à garantir ses intérêts légitimes et qui, par cela même, ne doit pas dépasser la mesure de ces intérêts, un instrument de tracasseries et de vexations contre le locataire.

[36] Si le preneur et le tiers possesseur avaient employé des moyens frauduleux pour empêcher que le déplacement ne vînt à la connaissance du locateur, le délai ne commencerait à courir que du jour où ce dernier en aurait été informé. Persil, sur l'art. 2102, § 1, nº 2. Duranton, XIX, 100. — MM. Valette (nº 67) et Pont (I, 131) rejettent cette modification, et veulent que le délai de la revendication commence invariablement à courir du jour de l'enlèvement des meubles. Ces auteurs ne nous paraissent pas s'être rendu suffisamment compte de la diversité des circonstances qui peuvent se présenter. Que le locataire et le tiers possesseur aient pris des précautions plus ou moins habiles pour soustraire l'enlèvement des meubles à la connaissance du propriétaire ou de ses préposés, que, par exemple, ils aient opéré l'enlèvement au milieu de la nuit, ces précautions, qui se prennent habituellement en pareil cas, ne constitueront point des moyens frauduleux dans le sens de la matière qui nous occupe. Mais si l'on avait corrompu le portier ou le surveillant pour obtenir son silence, ou même son concours, il y aurait, de la part du tiers, une fraude qui se rattacherait directement au délai de la revendication, et qui ne permettrait plus d'en reporter le commencement au jour même du déplacement des meubles.

Lorsque le possesseur d'objets déplacés par le locataire ou fermier, les a achetés dans une foire ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le bailleur ne peut les revendiquer qu'en remboursant au possesseur le prix qu'ils lui ont coûté [37].

Le privilége s'éteint par la perte de la possession, non suivie de revendication dans le délai utile; mais il ne s'éteint pas par la vente seule, non suivie de déplacement [38].

En aucun cas, le bailleur n'est admis à s'opposer à la saisie et à la vente, par d'autres créanciers, des objets soumis à son privilége [39]. Mais aussi le déplacement des objets ainsi vendus n'entraîne-t-il pas déchéance du privilége. Il en est de même, lorsque la vente a été faite par un administrateur chargé de réaliser les biens du débiteur dans l'intérêt commun des créanciers, par exemple par le syndic d'une faillite, par l'héritier bénéficiaire, ou par le curateur d'une succession vacante [40].

2° *Les sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année, et celles qui sont dues pour ustensiles.*

Les premières sont privilégiées sur les fruits de la récolte de l'année, et les secondes, sur les ustensiles dont le prix reste dû [41]. Le privilége, dans l'un et l'autre cas, prime celui du bailleur. Art. 2102, n° 1, al. 4.

Le privilége relatif aux sommes dues pour semences ou pour frais de récolte, ne s'applique point au prix des engrais, soit ordinaires, soit extraordinaires, employés par le fermier lors de l'ensemencement, ou à une époque antérieure quelconque [42]. A

[37] Arg. *a fort.*, art. 2280. Duranton, XIX, 100. Valette et Pont, *locc. citt.*

[38] Martou, II, 420, 421 et 423. Limoges, 26 août 1848, Sir., 49, 2, 322. Cpr. aussi Lyon 24 février 1836, Sir., 36, 2, 414.

[39] Code de proc., art. 609. Martou, II, 437. Civ. cass., 16 août 1814, Sir., 15, 1, 93.

[40] Martou, II, 422. Poitiers, 4 mars 1863, Sir., 64, 2, 31.

[41] Le privilége attaché aux sommes dues pour ustensiles porte uniquement sur ces ustensiles et ne peut être exercé sur la récolte de l'année, sous le prétexte que l'achat ou la réparation d'instruments aratoires rentre dans les frais de récolte. Civ. cass., 12 novembre 1839, Sir., 39, 1, 916.

[42] *Privilegia sunt strictissimæ interpretationis.* Les termes *semences* et *frais de récolte* ont une signification précise et restreinte. Ils ne comprennent pas indistinctement toutes les fournitures faites pour les besoins de la culture et en vue de la récolte; ils se refèrent d'une manière exclusive aux sommes dues pour les semences qui forment la condition première de toute récolte, et aux frais que la rentrée des récoltes doit nécessairement occasionner. Ces frais et le prix des semences étant, en général, peu élevés, le législateur a pu, sans trop

plus forte raison, ne saurait-il être étendu au prix de barriques fournies au fermier pour loger la récolte de vins de l'année [43].

Le privilége pour frais de récolte appartient à tous ceux qui, en une qualité quelconque, par exemple comme journaliers, domestiques ou valets, ont été employés ou préposés à l'ensemencement des terres, ou à la levée des récoltes, sans qu'on puisse, en ce qui concerne les journaliers, les écarter sous le prétexte qu'ayant négligé de réclamer au fur et à mesure le paiement de leurs journées de travail, ils auraient suivi la foi du fermier [44].

3° *La créance garantie par un gage dont le créancier est nanti.* Art. 2102, n° 2 [45].

4° *Les frais faits pour la conservation d'une chose mobilière.* Art. 2102, n° 3.

Le privilége établi pour de pareils frais s'applique aux meubles incorporels aussi bien qu'aux meubles corporels. Il existe notamment au profit de ceux qui ont fait des avances pour assurer la conservation ou le recouvrement d'une créance [46].

On doit comprendre parmi les frais de conservation, privilégiés comme tels, tous ceux sans lesquels la chose eût péri en entier ou en partie, et même ceux sans lesquels elle serait devenue impropre à l'usage qui lui donne sa valeur [47]. Quant aux simples frais d'amélioration, qui n'ont eu d'autre objet que d'augmenter l'uti-

---

ébrècher le privilége du bailleur, les déclarer privilégiés par préférence même à ce dernier, et il y avait justice à le faire. Mais ces considérations ne s'appliquent point aux engrais fournis au fermier, engrais qui souvent sont employés en vue de la culture de plusieurs années, et dont le prix, quelquefois fort élevé, pourrait absorber la valeur entière de la récolte de l'année. Caen, 28 juin 1837, Sir., 37, 2, 395. Req. rej., 9 novembre 1857, Sir., 58, 1, 49. Amiens, 2 mai 1863, Sir., 63, 2, 122. Voy. en sens contraire : Pont, I, 134 ; Martou, II, 444.

[43] Le vendeur n'a de privilége que sur les barriques elles-mêmes. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 2 août 1831, Sir., 32, 2, 158.

[44] Duranton, XIX, 99. Valette, n° 96. Martou, II, 443. Pont, n° 134. Civ. cass., 27 juin 1807, Sir., 7, 1, 289. Paris, 23 juin 1812, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, 4, 2, 139.

[45] Cpr. art. 2073 et suiv., § 433. — Les dispositions du Code Napoléon sur le gage ont été notablement modifiées par la loi du 23 mai 1863, qui forme le nouveau titre VI du livre I du Code de commerce.

[46] Pont, n° 139. Paris, 16 juillet 1831, Sir., 31, 2, 260. Civ. rej., 13 mai 1835, Sir., 35, 1, 707.

[47] Pont, n° 140. Cpr. Rouen, 23 mars 1844, Sir., 45, 2, 137 ; Angers, 8 octobre 1848, Sir., 49, 2, 91.

lité et la valeur de la chose, ils ne jouissent pas du privilége [48], et ne peuvent donner lieu, le cas échéant, qu'à l'exercice d'un droit de rétention [49].

Le privilége dont il s'agit ici, fondé sur le motif que le travail ou l'argent du créancier *salvam fecit totius pignoris causam*, n'est pas subordonné, pour son exercice, à la condition que celui-ci se trouve en possession de la chose. Il suffit que le débiteur en soit demeuré propriétaire, ou même que le prix de vente lui en reste dû, et soit à distribuer entre ses créanciers [50].

5° *Le prix de vente d'effets mobiliers non payés.* Art. 2102, n° 4 [51].

Le vendeur d'effets mobiliers non encore payés a privilége sur le prix de ces effets, peu importe que la vente ait été faite au comptant ou à terme.

Ce privilége appartient au vendeur de meubles incorporels, comme au vendeur de meubles corporels [52], et notamment au cédant d'une

[48] Quoique de puissants motifs d'équité militent en faveur de l'opinion contraire, elle n'en doit pas moins être rejetée, par la raison péremptoire que les priviléges sont de droit étroit et ne peuvent recevoir aucune extension d'un cas à un autre. Il est d'ailleurs évident que le privilége pour frais d'amélioration d'une chose mobilière ne pourrait jamais porter que sur l'augmentation de valeur procurée à la chose; et si le législateur avait voulu l'admettre, il n'aurait pas manqué d'en régler l'exercice au moyen de mesures semblables à celles qu'il a prescrites pour le privilége des architectes ou entrepreneurs. En l'absence de données certaines sur l'état de la chose antérieurement à l'époque où elle a reçu des réparations ou changements, il serait impossible de déterminer, d'une manière régulière au regard des autres créanciers, le montant de la mieux value. Persil, sur l'art. 2102, § 3, n° 2. Troplong, I, 176. Duranton, XIX, 115. Valette, n° 82. Pont, n° 141. Martou, II, 459. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 314; Zachariæ, § 261, texte et note 19; Battur, I, 49; Colmar, 7 mars 1812, Sir., 12, 2, 300.

[49] La plupart des arrêts cités aux notes 10 et 18 du § 256 *bis* semblent attribuer un véritable privilége à l'ouvrier qui a réparé ou façonné des choses mobilières; mais comme ils en subordonnent l'exercice à la condition que l'ouvrier en soit resté saisi, ils ne lui reconnaissent en réalité qu'un droit de rétention.

[50] Tous les priviléges, autres que ceux qui se rattachent à un nantissement exprès ou tacite, sont susceptibles d'être exercés sur le prix de vente des objets qui y sont soumis, tant que ce prix, restant encore dû au débiteur commun, est à distribuer entre ses créanciers. Cpr. § 256 et note 58 *infra*. Voy. en sens contraire : Martou, II, 456.

[51] Voy. sur le droit de résolution et le droit de revendication dont jouit également le vendeur d'effets mobiliers : § 356, texte et notes 21 à 24, 44 à 48.

[52] *Lex non distinguit*. Arg. art. 535, cbn 527 et 529. Delvincourt, III, p. 275. Duranton, XIX, 126. Troplong, I, 187. Valette, n° 86. Pont, n° 147. Martou,

créance[53], de l'achalandage d'un fonds de commerce[54], ou d'un office ministériel[55].

En cas de cession d'un office, le privilége porte bien moins sur le titre même de l'office, que sur la valeur pécuniaire du droit de transmission, droit que le titulaire ou ses héritiers sont autorisés à exercer par voie de présentation d'un successeur[56].

Lorsque l'acheteur a revendu à un tiers de bonne foi les objets par lui acquis, le fait même de la revente, quoique non encore suivi de tradition réelle, empêche le vendeur primitif de frapper ces objets de saisie au préjudice du second acheteur[57]. Mais, au

II, 469. Cpr. aussi les autorités citées aux notes suivantes. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2102, § 4, nº 4.

[53] Civ. cass., 28 novembre 1827, Sir., 28, 1, 12.

[54] Paris, 8 février 1834, Sir., 34, 2, 87. Paris, 1er décembre 1834, Sir., 35, 2, 80. Voy. en sens contraire : Paris, 26 novembre 1833, Sir., 33, 2, 594.

[55] Orléans, 12 mai 1829, Sir., 29, 2, 169. Lyon, 9 février 1830, Sir., 30, 2, 227. Req. rej., 16 février 1831, Sir., 31, 1, 74. Paris, 11 décembre 1834, Sir., 35, 2, 112. Toulouse, 14 décembre 1850, Sir., 51, 2, 102, et 12 juillet 1851, Sir., 51, 2, 559. Voy. en sens contraire : Rouen, 29 décembre 1847, Sir., 48, 2, 69. — Le privilége de l'ancien titulaire d'un office n'existe qu'autant que sa créance résulte d'un acte écrit, antérieur à la nomination de son successeur et qui établit régulièrement les conditions de la cession. Une convention postérieure, ou un jugement arbitral portant fixation du prix de cession, ne suffirait point pour constituer le privilége. Civ. cass., 23 janvier 1843, Sir., 43, 1, 121.

[56] C'est un point qu'il ne faudrait jamais perdre de vue quand on s'occupe du privilége du cédant en matière de cession d'offices. Les offices mêmes ne sont point une propriété et ne constituent pas un élément du patrimoine des titulaires : ce qui est dans leur patrimoine, c'est la valeur pécuniaire du droit de présentation, et c'est cette valeur qui seule peut faire l'objet d'une convention intéressée et d'un privilége.

[57] Suivant la doctrine commune, le vendeur peut, en cas de revente, frapper de saisie les objets par lui vendus, tant qu'ils n'ont pas été réellement livrés au second acheteur. Mais cette doctrine nous paraît contraire aux principes du Code Napoléon sur la transmission de la propriété mobilière. D'après ces principes, la propriété des meubles corporels se transfère par le seul effet de la convention, sauf seulement les droits des tiers possesseurs ou des créanciers nantis. Les autres créanciers ne sont pas autorisés à frapper de saisie les meubles vendus par leur débiteur, bien qu'il ne les ait pas encore livrés; et quand de fait ils les ont fait saisir, l'acheteur peut en poursuivre la revendication. Cpr. § 174, texte et note 7; § 349, texte et note 32. Cela étant, il faudrait, pour permettre au premier vendeur de saisir, au préjudice d'un second acheteur, les meubles par lui vendus, attribuer à son privilége un véritable droit de suite, sans lequel il n'y a point d'action possible contre cet acheteur, devenu propriétaire indépendamment de toute tradition. En vain argumente-t-on des termes de la loi, *s'ils sont encore en la possession de l'acheteur*, pour dire que la revente ne peut, par

regard des créanciers du premier acheteur, le privilége subsiste malgré la revente, même suivie de tradition, de telle sorte que le vendeur non payé est admis à le faire valoir sur le prix de la seconde vente, tant que ce prix n'a pas été versé au premier acheteur ou cédé par lui, ni judiciairement attribué à d'autres créanciers. Il en est ainsi, même au cas d'une revente purement volontaire et faite sans enchères publiques [58].

elle-même, porter atteinte au privilége du vendeur, privilége qui subsiste dans toute son énergie tant que les objets qui y sont soumis restent dans la possession du premier acquéreur. Cette argumentation prend le texte de la loi au rebours de son esprit. En effet, il s'agit ici d'une condition restrictive de l'existence du privilége, et de ce que son maintien est subordonné à la condition que l'acheteur reste possesseur des objets qui y sont soumis, il n'en résulte pas le moins du monde que, malgré la revente de ces objets, le privilége continue de subsister avec tous ses effets tant que l'acheteur qui les a revendus ne s'en est pas dessaisi. D'ailleurs, en cas de revente, le premier acheteur a-t-il bien encore, au regard du second, la possession dans le sens de l'art. 2102? En vain aussi objecte-t-on que la translation de la possession d'un meuble peut seule faire disparaître les droits antérieurement acquis à des tiers. Cette proposition est parfaitement exacte, en tant qu'il s'agit de droits qui, comme la propriété ou le nantissement, ont un caractère plus ou moins prononcé de réalité; mais quand on l'applique au privilége du vendeur, on fait une véritable pétition de principe, puisque la question est précisément de savoir, si ce privilége a la vertu d'une affectation réelle, et si, par suite, il l'emportera sur le droit de propriété de l'acheteur, par cela seul que ce dernier ne sera point encore en possession effective. Nous ajouterons que la difficulté qui vient d'être examinée ne concerne pas uniquement le privilége du vendeur d'effets mobiliers : elle se présente également pour les autres priviléges spéciaux, à l'exception de ceux qui se rattachent à un nantissement exprès ou tacite, ainsi que pour les priviléges généraux; et, en envisageant la question eu égard à toutes ces applications, nous nous trouvons confirmés dans la solution que nous avons adoptée.

[58] Les priviléges sur les meubles, destitués en général du droit de suite, ne peuvent aboutir qu'à une préférence sur le prix des objets qui en sont grevés, prix qui se substitue forcément à ces objets, et qui les représente quant à l'exercice du privilége. Le débat entre les créanciers ne peut s'élever qu'après la vente des choses sur lesquelles un ou plusieurs d'entre eux prétendent exercer des priviléges; et ce débat demeure naturellement ouvert aussi longtemps que le prix de vente, restant dû au débiteur commun, est à distribuer entre ses créanciers. Si l'art. 2102, nº 4, subordonne le privilége du vendeur à la condition que les objets vendus se trouvent encore dans la possession de l'acheteur, cette disposition n'est qu'une application particulière de la règle que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, et doit s'entendre dans le sens de cette règle, qui ne concerne que les tiers possesseurs ou les créanciers nantis. Entre les autres créanciers, il ne peut être question que de la répartition de la valeur des biens du débiteur commun, et il suffit qu'il possède encore cette valeur, pour que chacun d'eux

Si le privilége peut s'exercer sur le prix encore dû de la première revente, prix qui, sous ce rapport, se trouve forcément substitué à la chose, il ne peut jamais l'être sur le prix de reventes ultérieures [59].

Ces diverses propositions reçoivent d'importantes applications en matière de cession d'offices.

Ainsi, lorsqu'un office a fait l'objet de deux cessions successives, le titulaire originaire peut faire valoir son privilége sur le prix de la seconde cession; et pour en assurer l'exercice, il a le droit de former opposition entre les mains du second cessionnaire,

puisse réclamer sur elle les droits de préférence qui lui compètent. Refuser l'exercice du privilége quant au prix des choses qui y étaient soumises, sous le prétexte que ces choses ne sont plus dans la possession du débiteur, ce serait en réalité nier le privilége ou le rendre illusoire. Aussi la proposition énoncée au texte est-elle généralement admise, lorsqu'il s'agit de la distribution du produit, soit d'une vente opérée par suite de saisie, soit d'un vente faite par un administrateur agissant pour le compte de tous les créanciers, par exemple, par le syndic d'une faillite, par un héritier bénéficiaire, ou par un curateur à succession vacante. Elle n'a été contestée, que nous sachions, que pour les ventes faites de la main à la main par le débiteur lui-même. Mais la distinction que l'on prétend établir entre ces ventes et celles de la première espèce, nous paraît manquer de fondement. On n'essaie pas de la justifier par les termes de l'art. 2102, *s'ils sont encore en la possession du débiteur :* on comprend que l'argument prouverait trop, puisque l'acheteur se trouve dépossédé par une vente faite d'autorité de justice, aussi bien que par une vente faite à l'amiable. On dit que la fixation du prix ne saurait être abandonnée à la discrétion du débiteur, qu'il doit être déterminé aux enchères publiques, et qu'une vente faite de la main à la main ne garantirait pas d'une manière convenable les intérêts des autres créanciers. Cette argumentation ne tend à rien moins qu'à subordonner l'exercice du privilége à une condition que le législateur n'a pas songé à établir, et n'est au fond qu'un reproche d'imperfection ou d'imprévoyance adressé à la loi. Qui ne voit d'ailleurs que la circonstance que l'acheteur aurait revendu, au-dessous de leur valeur réelle, les objets par lui acquis, ne saurait jamais être un motif pour dénier au vendeur, d'une manière absolue, tout droit de préférence, et pourrait tout au plus donner lieu à une contestation sur la somme à laquelle il aurait droit à titre de privilége. En définitive, quand, après une revente à l'amiable faite par l'acheteur, le prix a été frappé d'opposition par le vendeur lui-même ou par tout autre créancier, et qu'une distribution est ouverte pour la répartition de ce prix (ce qu'il faut supposer pour que la question puisse se présenter), aucune objection sérieuse ne s'élève contre l'exercice du privilége. Mourlon, n° 119. Pont, n° 149. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2102, § 4, n° 1 ; Valette, n° 86 ; Martou, II, 475.

[59] Cette question n'ayant été soulevée qu'à l'occasion des cessions d'offices; nous nous bornerons à renvoyer pour les développements à la note 62 *infra*.

bien que les termes de paiement par lui accordés ne soient pas encore échus [60].

Mais son privilége reste sans application possible, lorsque le second cessionnaire, en l'absence de toute opposition; a payé son prix au premier, ou que celui-ci en a disposé sans fraude, par voie de transport ou autrement [61].

Ce privilége, d'ailleurs, est restreint au prix de la première revente de l'office, et ne s'étend point à celui des cessions subséquentes, encore que le cessionnaire en troisième ordre soit resté débiteur du cessionnaire en second ordre, son cédant. En pareil cas, le premier cessionnaire a bien privilége sur le prix encore dû de la revente passée par son successeur; mais sa créance privilégiée forme le gage commun de tous ses créanciers, sans aucun droit de préférence pour le cédant primitif [62].

Lorsque l'acheteur a donné en gage, à un de ses créanciers, les objets mobiliers dont il doit encore le prix, le privilége du

[60] Civ. cass., 1er mars 1859, Sir., 59, 1, 412. Civ. cass., 20 juin 1860, Sir., 60, 1, 597. Civ. rej., 18 juillet 1860, Sir., 60, 1, 599.

[61] La Cour de Nancy (2 mars 1850, Sir., 50, 2, 285), sans contester l'existence du privilége de l'ancien titulaire, a jugé que ce privilége ne pouvait, en cas de nouvelle cession, être exercé sur le prix encore dû par le nouveau titulaire; ce qui équivaut, en réalité, à la négation du privilége.

[62] Orléans, 3 juillet 1847, Sir., 48, 2, 74. Paris, 28 janvier et 24 mai 1854, Sir., 54, 2, 305. Caen, 8 juillet 1857, Sir., 58, 2, 1. Civ. cass., 8 août 1860, Sir., 60, 1, 845. Voy. en sens contraire: Pont, nº 151. Cpr. aussi Paris, 23 mai 1838, Sir., 38, 2, 364. M. Pont estime que du moment où l'on admet que le privilége du vendeur d'un office n'est pas éteint par la dépossession de son successeur immédiat, et qu'il subsiste sur le prix de la revente faite par celui-ci, on est logiquement et forcément conduit à reconnaître que le privilége doit affecter de même le prix des reventes ultérieures. Mais c'est là une erreur dans laquelle cet auteur n'a pu tomber qu'en étendant, sans s'en douter, aux cessions d'offices la disposition du second alinéa de l'art. 2103, disposition qui est la conséquence du droit de suite inhérent au privilége en matière de vente d'immeubles. La subrogation du prix de la première revente d'un office est forcée pour l'exercice du privilége, et s'explique par cette considération bien simple, que si, après la revente, le premier cessionnaire ne possède plus le droit de présentation, il possède du moins encore, sous la forme d'une créance privilégiée à l'encontre des créanciers du second cessionnaire, la valeur de ce droit, valeur qui, entre ses mains, peut et doit rester affectée au privilége. Cpr. note 58 *supra*. En cas d'une seconde revente, au contraire, ce n'est plus le premier cessionnaire, mais bien le second qui détient la valeur du droit de présentation; et il est évident que le privilége du titulaire primitif ne pourrait frapper cette valeur qu'autant que le droit de présentation serait, en vertu d'un droit de suite, resté affecté à sa créance entre les mains du second cessionnaire.

vendeur n'est pas éteint par l'effet de ce nantissement[63]; mais le créancier nanti sera préféré au vendeur, à supposer qu'il ait reçu le gage de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance des droits de ce dernier.

Le privilége du vendeur ne peut, de même, être exercé au préjudice du locateur de la maison ou de la ferme dans laquelle les objets vendus ont été placés. Le locateur doit être payé de préférence, à moins que le vendeur ne prouve que ce dernier savait, au moment où ces objets ont été transportés chez lui, que le prix en était encore dû[64]. Art. 2102, nº 4, al. 3.

Les changements de forme que les objets vendus, restés en la possession de l'acheteur, auraient reçus entre ses mains, n'ont pas pour conséquence d'anéantir le privilége du vendeur, si d'ailleurs l'origine et l'identité en demeurent suffisamment établies. Ainsi le privilége du vendeur de choses mobilières subsiste sur les objets à la confection desquels ces choses ont été employées, pourvu que, n'ayant subi aucune altération dans leur nature essentielle, elles soient restées parfaitement reconnaissables[65].

[63] Valette, nº 85. Pont, nº 151. Mourlon, nº 118. Martou, II, 478. — M. Troplong (I, 151) soutient, au contraire, qu'en pareil cas le privilége est éteint d'une manière absolue, et à l'égard de tous les créanciers indistinctement. Cette opinion, qui suppose que le débiteur, en constituant un gage, perd la possession des objets livrés à son créancier, est manifestement erronée. Si le créancier détient au point de vue de son gage, la possession civile, au point de vue de la propriété, n'en reste pas moins au débiteur.

[64] La connaissance des droits du vendeur, que le locateur n'aurait obtenue que plus tard, ne préjudicierait pas à l'exercice de son privilége. Paris, 26 mai 1814, Sir., 15, 2, 227.

[65] La loi subordonne l'exercice du droit de revendication accordé au vendeur à la condition que les choses par lui vendues se trouvent encore dans le même état, mais elle n'exige pas la même condition pour l'exercice du privilége; et en tenant compte de la nature essentiellement différente de ces deux droits, on reconnaît que c'est avec raison qu'ils n'ont pas été soumis aux mêmes règles. La revendication est un droit rigoureux qui s'attache à la chose elle-même; il n'eût guère été possible de l'admettre dans le cas où la chose aurait reçu, par le travail ou les soins de l'acheteur, une transformation notable. Le privilége, au contraire, affecte la valeur de la chose plutôt que la chose elle-même; et, comme il est fondé sur ce que les autres créanciers ne doivent pas s'enrichir aux dépens du vendeur, en profitant d'une valeur nouvelle que celui-ci a fait entrer dans le patrimoine du débiteur commun, il doit, d'après ce motif même, pouvoir s'exercer aussi longtemps que cette valeur se trouve, d'une manière reconnaissable, entre les mains du débiteur. Dans cet ordre d'idées, la dépossession de cette valeur, ou la confusion des objets vendus avec le surplus des biens du

D'un autre côté, la circonstance que les objets vendus auraient, par suite de l'emploi que l'acheteur leur a donné, revêtu le caractère d'immeubles par destination, n'entraînerait pas l'extinction du privilége du vendeur. C'est ainsi notamment que le privilége pour prix de machines ou de mécaniques subsiste, du moins à l'égard des autres créanciers chirographaires de l'acheteur, malgré leur affectation au service d'une fabrique ou d'une usine[66]. Il en serait autrement, bien entendu, du privilége sur des objets qui, ayant été employés à la construction d'un édifice, en formeraient désormais une partie intégrante et constitutive.

Le privilége du vendeur d'un office s'éteint d'une manière absolue par la destitution de son successeur : il ne se reporte pas sur l'indemnité dont le paiement aurait été imposé par le gouverne-

débiteur, sont les seules circonstances de nature à entraîner l'extinction du privilége. Valette, nº 85, 2e question. Pont, nº 153. Mourlon, nº 64. Martou, II, 479. Nancy, 28 décembre 1829, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IX, 2, 268. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 316.—Cpr. aussi : Troplong, I, 109 et suiv.; Duranton, XIX, 124. Le premier de ces auteurs croit devoir appliquer à la solution de la question qui nous occupe, la distinction établie par le Droit romain en matière d'hypothèque, distinction d'après laquelle le droit hypothécaire subsiste malgré les transformations plus ou moins profondes que la chose peut avoir subies, à moins que ces transformations n'aient eu pour résultat la création d'une *species nova*, non susceptible d'être ramenée à la forme primitive de la chose, auquel cas l'hypothèque se trouve éteinte. Mais, à notre avis, cette doctrine, parfaitement rationnelle quand il s'agit de l'hypothèque, c'est-à-dire d'un droit réel susceptible d'être poursuivi contre les tiers détenteurs, nous paraît sans application à un simple droit de préférence entre créanciers, et surtout au privilége du vendeur, dont l'exercice se trouverait par là soumis à des restrictions contraires au motif sur lequel il repose. Ainsi, d'après M. Troplong, le vendeur d'un bloc de marbre n'aurait pas de privilége sur la statue que le sculpteur en a tirée. Cette solution ne sacrifie-t-elle pas, sans nécessité et contre l'esprit de la loi, les droits du vendeur à l'intérêt des autres créanciers? Quant à M. Duranton, il enseigne que le point de savoir si les changements apportés à la chose vendue entraînent ou non l'extinction du privilége du vendeur, doit se décider d'après la distinction établie par les art. 570 et 571 du Code Napoléon. Mais cette opinion est évidemment inadmissible, puisqu'il n'y a aucun rapport entre la question de propriété que les articles cités ont pour objet de trancher, et la question du maintien ou de l'extinction du privilége du vendeur, et que ces articles portent d'ailleurs un correctif d'équité qu'il serait impossible d'appliquer au privilége dont on admettrait la déchéance.

[66] Arg. Code de proc. civ., art. 593 cbn. 592, nº 1. Valette, nº 85, 3e quest. Pont, nº 154. Cour sup. de Bruxelles, 19 mai 1833, Sir., 33, 1, 446. Civ. rej., 24 mai 1842, Sir., 43, 1, 39. — Le privilége pourrait-il être opposé aux créanciers hypothécaires? Voy. § 284, texte nº 1 et note 3.

ment au nouveau titulaire, nommé directement et sans présentation, comme condition de sa nomination [67].

Mais on ne doit pas, sous ce rapport, assimiler à la destitution, la démission, volontaire ou même forcée, donnée par le cessionaire de l'office: si le gouvernement, en acceptant cette démission, avait imposé au nouveau titulaire l'obligation de verser, pour le compte de qui de droit, une somme représentative de la valeur de l'office, le privilége continuerait de subsister sur cette somme [68]. A plus forte raison doit-on, lorsque, sans destitution préalable, le gouvernement vient à prononcer la suppression d'un office, en imposant, à la corporation dont le titulaire faisait partie, l'obligation

[67] Ce point a fait longtemps l'objet d'une vive controverse, malgré la disposition de l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, qui refuse aux titulaires destitués la faculté de présenter un successeur. L'erreur des partisans de l'opinion contraire tient à ce qu'ils ne savent pas se dégager complétement de la fausse idée que le privilége du vendeur affecte l'office même. Une fois que l'on admet franchement et sans réserve que le privilége ne porte en réalité que sur la valeur pécuniaire du droit de présentation, on est forcément amené à en conclure que la destitution, en enlevant ce droit à l'officier ministériel qui en est frappé, anéantit du même coup le privilége de son prédécesseur. Pont, nº 148. Civ. cass., 7 juillet 1847, Sir., 47, 1, 496. Rouen, 29 décembre 1847, Sir., 48, 2, 68. Civ. cass., 13 février 1849, Sir., 49, 1, 285. Civ. cass., 26 mars 1849, et Req. rej., 23 avril 1849, Sir., 49, 1, 318. Paris, 3 février et 9 mars 1852, Sir., 52, 2, 55 et 132. Orléans, 2 juillet 1852, Sir., 53, 2, 159. Req. rej., 23 mars 1853, Sir., 53, 1, 273. Civ. cass., 10 août 1853, Sir., 54, 1, 110. Paris, 17 novembre 1855, Sir., 56, 2, 154. Bordeaux, 27 février 1856, Sir., 56, 2, 241. Chambéry, 19 janvier 1863, *Journ. de Grenoble et de Chambéry*, 1863, p. 49. Voy. en sens contraire: Orléans, 31 janvier 1846, Sir., 47, 2, 470; Paris, 9 janvier 1851, Sir., 51, 2, 7.

[68] A la différence de la destitution, qui entraîne déchéance immédiate du droit même de présentation et extinction de sa valeur, la démission, tout en impliquant renonciation à la faculté d'exercer le droit de présentation, et emportant ainsi consentement à une nomination directe par le gouvernement, ne constitue cependant pas une renonciation à la valeur pécuniaire de ce droit. D'un autre côté, lorsque le gouvernement impose au nouveau titulaire, nommé après destitution de l'ancien, l'obligation de payer une certaine somme, cette somme, qui entre à titre nouveau dans le patrimoine de ce dernier, ne peut, au regard de ses créanciers, être considérée comme représentative du droit de présentation dont il s'est trouvé déchu. Tandis que la démission n'entraînant pas déchéance de ce droit, rien n'empêche de considérer la somme à payer par le nouveau titulaire comme représentative de la valeur de l'office. Pont, nº 148. Audier, *Revue pratique*, 1864, XVII, p. 181. Nîmes, 13 mars 1851, Sir., 53, 1, 606. Besançon, 4 janvier 1853, Sir., 53, 2, 509. Bourges, 21 mars 1854, Sir., 54, 2, 347. Civ. rej., 30 août 1854, Sir., 54, 1, 519.

de payer une indemnité représentative de la valeur de l'office, admettre le maintien du privilége sur cette indemnité [69].

En cas de faillite de l'acheteur, le vendeur non payé du prix des effets par lui vendus n'est pas admis à exercer de privilége sur le prix de revente de ces effets. Code de comm., art. 550. La disposition spéciale de cet article s'applique à l'ancien titulaire d'un office, non payé de son prix de cession, comme au vendeur de tous autres objets mobiliers, corporels ou incorporels [70].

6° *Les fournitures faites à un voyageur dans l'auberge où il loge.* Art. 2102, n° 5.

L'aubergiste a, pour les fournitures de cette espèce, privilége sur les effets que le voyageur a déposés chez lui. Ce privilége frappe même les objets qui ne sont pas la propriété du voyageur, pouryu que l'aubergiste les ait reçus dans l'ignorance de cette circonstance, et que, d'un autre côté, le légitime propriétaire n'en ait pas été dessaisi par suite de vol ou de perte [71].

Le privilége est subordonné à la condition que les effets du voyageur soient restés déposés dans l'hôtellerie ou dans des localités en dépendantes. S'ils avaient été déplacés par le voyageur, même clandestinement, et livrés à des tiers de bonne foi à titre de vente ou de gage, l'aubergiste ne serait pas reçu à en exercer la revendication contre ces derniers [72].

[69] Rouen, 22 janvier 1858, Sir., 58, 2, 637. Req. rej., 24 janvier 1859, Sir., 59, 1, 324. Rouen, 4 août 1862, Sir., 63, 2, 99.

[70] Pont, n° 148. Demangeat, sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 578 et 579 à la note. Paris, 16 janvier 1842, Sir., 43, 2, 58. Lyon, 9 décembre 1850, Sir., 50, 2, 634. Civ. cass., 25 août 1853, Sir., 53, 1, 606. Bourges, 14 août 1855, Sir., 55, 2, 613. Civ. cass., 10 février 1857, Sir., 57, 1, 602. Paris, 25 février 1860, Sir., 60, 2, 123. Voy. en sens contraire : Esnault, *Traité des faillites*, III, 656.

[71] Nous nous bornerons à renvoyer pour l'explication de cette proposition à ce que nous avons dit au sujet du privilége du locaieur. Voy. texte n° 1 et notes 17 à 22. Persil, sur l'art. 2102, § 5. Grenier, II, 319. Troplong, I, 204. Valette, n° 79. Pont, n° 165. Martou, II, 593 et 594. Bruxelles, 12 juillet 1806, Sir., 6, 2, 289. Cpr. cep. Colmar, 26 avril 1816, Sir., 17, 2, 365.

[72] Arg. art. 2119 cbn. 2279. Voy. en sens contraire : Valette, n° 70 ; Pont, n° 167 ; Martou, II, 506 et 507. Ces auteurs, en se fondant sur le second alinéa de l'art. 2279, accordent à l'aubergiste, sur les effets clandestinement déplacés par le voyageur, un droit de revendication analogue à celui dont jouit le créancier gagiste, en cas de soustraction frauduleuse du gage commise par un tiers. Il nous est impossible de partager cette manière de voir. Si, dans le cas de la soustraction du gage par un tiers, le créancier gagiste est autorisé à exercer

D'un autre côté, les effets apportés par le voyageur lors de son dernier voyage, ne garantissent pas les dépenses par lui faites dans des voyages précédents [73].

7° *Les frais de voiture et les dépenses accessoires de transport.* Art. 2102, n° 6.

Le voiturier [74] jouit, pour ces frais et dépenses, d'un privilége sur les objets voiturés.

Ce privilége, fondé sur le nantissement, se trouve éteint dès que le voiturier s'est dessaisi des objets qui y étaient soumis [75].

la revendication exceptionnellement admise par le second alinéa de l'art. 2279, c'est précisément parce que le fait du tiers constitue alors un véritable vol, commis directement au préjudice du créancier, comme du propriétaire lui-même, et que ce dernier étant incontestablement en droit d'exercer la revendication, il n'existe aucune raison pour en refuser l'exercice au créancier. Mais aucune de ces considérations ne milite en faveur de l'aubergiste dans l'hypothèse d'un déplacement clandestin opéré par le voyageur lui-même, ou par des tiers agissant d'après ses instructions. Un pareil déplacement, qui ne présente sous aucun rapport le caractère du vol, ne saurait, pas plus de la part de l'aubergiste que de celle du voyageur, donner ouverture à une action en revendication contre les tiers possesseurs de bonne foi. La position de l'aubergiste, quant aux effets que des voyageurs ont clandestinement enlevés, est la même que celle du locateur quant aux objets déplacés par le locataire. Et cependant, en accordant à l'aubergiste le droit de revendication admis par le second alinéa de l'art. 2279, les auteurs que nous combattons sont forcément amenés à décider, qu'à la différence du droit de suite du locateur, qui est restreint à un délai très-court, le droit de revendication de l'aubergiste dure trois ans. Un résultat si étrange ne suffit-il pas, à lui seul, pour condamner l'opinion qui y conduit? Et ne voit-on pas que, dans ce système, la disposition qui attache au privilége du locateur un droit de suite limité à un court délai, au lieu d'être une faveur toute spéciale accordée à ce dernier, ne serait qu'une restriction apportée, en ce qui le concerne, à la durée ordinaire du droit de revendication?

[73] Grenier, II, 319. Duranton, XIX, 129. Troplong, I, 206. Valette, n° 70. Pont, n° 166. Rouen, 16 messidor an VIII, Sir., 7, 2, 1135.

[74] Le terme *voiturier* comprend tous ceux qui se chargent, soit habituellement et par profession, soit seulement accidentellement, de transports par terre ou par eau. Mais on ne pourrait considérer comme voiturier le tiers qui aurait simplement loué des voitures ou bateaux à la personne chargée de faire le transport. Ce tiers ne jouirait, pour le paiement des loyers à lui dus, d'aucun privilége sur les objets voiturés. Bordeaux, 16 mars 1857, Sir., 57, 2, 495.

[75] Persil, sur l'art. 2102, n° 6. Merlin, *Rép.*, v° Privilége, sect. I, § 4. Valette, n° 73. Pont, n° 169. Rouen, 23 mars 1844, Sir., 45, 2, 137. Paris, 29 août 1855, Sir., 56, 2, 109. Lyon, 11 juillet 1857, Sir., 58, 2, 6. Cpr. aussi les arrêts cités à la note suivante. Voy. en sens contraire: Pardessus, *Cours de Droit commercial*, IV, 1205; Duranton, XIX, 134; Troplong, I, 207; Paris, 2 août 1809, Sir., 10, 2, 168. Pour soutenir que le privilége du voiturier ne s'é-

Quand un voiturier a fait, pour un même destinataire, plusieurs transports successifs, sans avoir été payé des premiers, son privilége sur les objets qui se trouvent encore entre ses mains ne peut être exercé que pour le prix de transport de ces objets mêmes, et ne garantit pas celui des transports antérieurs [76]. Il en est ainsi, alors même que les divers transports ont eu lieu en vertu d'un seul et unique traité intervenu entre l'expéditeur et le voiturier, et pour un prix déterminé d'avance par ce traité, si d'ailleurs il ne s'agit pas d'une seule et même opération de transport, effectuée en plusieurs voyages, mais d'opérations successives s'appliquant à des quantités distinctes de marchandises [77].

8° *Les créances résultant d'abus et prévarications commis par des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions* [78]. Art. 2102, n° 7.

Ces créances sont privilégiées sur le capital du cautionnement fourni par le fonctionnaire, et sur les intérêts qui en sont dus.

Lorsqu'un fonctionnaire public est chargé simultanément de plusieurs services, et qu'il a fourni à raison de cette circonstance

teint pas nécessairement et immédiatement par le fait de la remise des objets voiturés au destinataire, on met principalement en avant que ce privilége ne repose pas uniquement sur le nantissement, et se rattache à une augmentation de valeur donnée à la chose. Mais ce motif ne nous paraît pas suffisamment concluant. En effet, la loi n'accorde point de privilége pour les frais de simple amélioration d'une chose mobilière. D'un autre côté, elle n'a ni fixé de délai pendant lequel le voiturier serait admis à exercer son privilége, ni statué, comme elle l'a fait pour le privilége du vendeur, que celui du voiturier ne pourrait, en cas de faillite, s'exercer sur les marchandises déjà livrées au failli. Or le silence du législateur sur ces deux points permet d'affirmer qu'il a considéré le privilége du voiturier comme devant s'éteindre par la remise au destinataire des objets voiturés. L'art. 307 du Code de commerce confirme pleinement cette induction. — Du reste, nous reconnaissons que le voiturier ne serait déchu de son privilége, qu'autant qu'il se serait dessaisi complétement et définitivement des objets voiturés. Cpr. Req. rej., 13 avril 1840, Sir., 40, 1, 289.

[76] Troplong, I, 207 *bis*. Pont, n° 168. Martou, II, 513.

[77] Martou, II, 514. Req. rej., 13 février 1849, Sir., 49, 1, 629. Cpr. cep. Bourges, 13 juin 1817, et Civ. rej., 28 juillet 1819, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 1, 106.

[78] Voy. sur ce privilége : Loi du 21 ventôse an VII, art. 8 ; Arrêté des consuls du 20 germinal an IX ; Loi du 25 ventôse an XI, art. 33 et 34 ; Loi du 25 nivôse an XIII ; Loi du 30 juin 1838 sur les *aliénés*, art. 31.—La loi du 25 nivôse an XIII trace les formalités à suivre pour la conservation et l'exercice du privilége. — Cpr. aussi sur le privilége du second ordre des bailleurs de fonds de cautionnements : § 263 *bis ;* texte III, lett. *a*.

un cautionnement plus élevé, le privilége attaché au débet de ce fonctionnaire pour l'une ou l'autre de ses gestions, n'est pas restreint, au regard de ses créanciers ordinaires, à la partie du cautionnement afférente à cette gestion, mais il s'étend à toutes les parties du cautionnement, qui se servent de supplément l'une à l'autre [79].

Le privilége n'a lieu que pour des créances résultant de faits de charge proprement dits, c'est-à-dire de faits qui rentrent dans l'exercice légal et obligé de la charge du fonctionnaire public; il ne couvre pas les créances procédant de faits qui résulteraient d'une confiance volontaire qu'on lui aurait accordée [80].

C'est ainsi que le privilége ne s'applique, ni à la restitution de sommes confiées à un notaire pour en opérer le placement ou pour l'appliquer à un placement déjà convenu [81], ni au remboursement de sommes qu'un avoué aurait touchées sans mandat de son client, même à l'aide de menaces de poursuites faites au débiteur [82].

Au contraire, le privilége existe en cas de détournement par un huissier de fonds qu'il a reçus à la suite d'un commandement fait en vertu d'un titre exécutoire ou du protêt d'un effet de commerce [83].

Le privilége dont il s'agit ne s'étend pas aux amendes prononcées contre des fonctionnaires publics, pour les crimes ou délits de Droit commun dont ils se sont rendus coupables dans l'exercice de leurs fonctions. Il ne s'applique qu'aux condamnations prononcées à titre de restitution, de dommages-intérêts, ou de frais, et aux amendes purement civiles que des officiers publics ont encourues pour contravention aux règles de leur profession [84]. Encore le trésor est-il, quant aux amendes de cette nature, primé par les créanciers pour faits de charge proprement dits [85].

[79] Civ. rej., 5 décembre 1843, Sir., 44, 1, 75.

[80] Valette, nº 76. Pont, nº 171. Martou, II, 516.

[81] Douai, 20 décembre 1849, Sir., 50, 2, 109. Nîmes, 13 février 1851, Sir., 51, 2, 169. Paris, 11 mars 1852, Sir., 52, 2, 176. Paris, 15 novembre 1853, Sir., 54, 2, 206. Civ. cass., 18 janvier 1854, Sir., 54, 1, 198.

[82] Toulouse, 15 mai 1844, Sir., 46, 2, 25.

[83] Req. rej., 14 mars 1849, Sir., 49, 1, 508. Cpr. § 317, texte et note 6.

[84] Troplong, I, 210. Paris, 21 janvier 1837, Sir., 37, 2, 221. Civ. rej., 26 juillet 1858, Sir., 58, 1, 822. Voy. en sens contraire : Metz, 28 février 1856, Sir., 56, 2, 321.

[85] Art. 2202. Pont, nº 171. Req. rej., 7 mai 1816, Sir., 17, 1, 55.

B. Des priviléges sur les immeubles.

§ 262.

I. *Des priviléges qui s'étendent sur les meubles et sur les immeubles.*

Les créances qui, d'après l'art. 2101, sont privilégiées sur la généralité des meubles, le sont également sur la généralité des immeubles [1]. Art. 2104 [2].

Toutefois le privilége dont elles jouissent, n'affecte les immeubles que subsidiairement, et au cas seulement où la fortune mobilière du débiteur est insuffisante pour les acquitter [3]. Il en résulte que le créancier privilégié sur la généralité des meubles et des immeubles, qui aurait omis, par collusion ou même par simple négligence, de se présenter à la distribution du prix du mobilier, se trouverait déchu de son recours sur la masse immobilière, dans la proportion du moins de la collocation qu'il aurait obtenue s'il avait fait valoir ses droits lors de la distribution mobilière [4]. Ce serait, du reste, à ceux qui lui opposeraient cette déchéance, à prouver la faute qu'ils lui reprochent [5].

Si la distribution du prix des immeubles précédait celle du mobilier, les créanciers privilégiés sur la généralité des meubles et des immeubles auraient intérêt et seraient en droit de demander

[1] Il est bien entendu que les frais de justice ne sont privilégiés sur les immeubles que sous les restrictions indiquées au § 260, nº 1.

[2] La règle posée par cet article s'applique également au privilége établi par l'art. 549 du Code de commerce en faveur des ouvriers ou commis du commerçant failli. En effet, la loi place ce privilége sur la même ligne que celui des gens de service, et lui attribue le même rang. En présence d'une disposition aussi explicite, l'objection que l'on voudrait tirer de la circonstance que l'art. 549 fait partie de la section intitulée *Des créanciers privilégiés sur les biens meubles*, serait dénuée de force. Esnault, *Traité des faillites*, II, 537. Cpr. cep. Lyon, 6 mai 1842, Sir., 42, 2, 405.

[3] C'est ce qui résulte clairement des termes de l'art. 2105 « *Lorsqu'à défaut de mobilier* les privilégiés énoncés etc. » Aussi ce point est-il généralement admis. Voy. les notes suivantes.

[4] Grenier, II, 371. Persil, sur l'art. 2104, nº 2. Troplong, I, 251 *bis*. Duranton, XIX, 200. Pont, nº 244. Lyon, 14 décembre 1832, Sir., 32, 2, 169. Limoges, 9 juin 1842, Sir., 43, 2, 10. — Les priviléges généraux du Trésor sont, à cet égard, soumis à la même règle que les priviléges généraux établis par le Code Napoléon. Civ. rej., 22 août 1836, Sir., 36, 1, 625.

[5] Voy. les arrêts de Lyon et de Limoges cités à la note précédente. Voy. en sens contraire : Pont, nº 244 ; Bruxelles, 21 août 1810, Sir., 11, 2, 360.

à être colloqués sur le prix des immeubles; mais ces collocations, simplement éventuelles, devraient en définitive être réduites aux sommes dont ces créanciers ne seraient pas payés sur la masse immobilière [6]. En leur accordant de pareilles collocations, le juge peut, à la demande des autres créanciers, leur impartir un délai dans lequel ils auront à discuter le mobilier du débiteur commun [7].

Quelques auteurs rangent encore au nombre des priviléges généraux sur les meubles et sur les immeubles, le droit de préférence qui résulte, pour les créanciers d'une succession à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier, de la séparation des patrimoines. Cpr. art. 2111. Mais ce droit, qui appartient à tout créancier héréditaire sans égard à la qualité de sa créance, et qui n'établit aucune préférence entre les différents créanciers de la succession, ne constitue pas un véritable privilége [8].

§ 263.

II. *Des priviléges sur certains immeubles.*

Les créanciers privilégiés sur certains immeubles sont :

1° Le vendeur d'un immeuble. Art. 2103, n° 1 [1].

Il a privilége, sur l'immeuble vendu, pour le prix qui lui est dû en vertu de l'acte de vente, que cet acte soit authentique, ou qu'il n'ait été rédigé que sous seing privé [2].

Le prix de vente, garanti par le privilége, comprend, outre le prix principal et les intérêts [3], toutes les charges ou prestations imposées à l'acquéreur au profit du vendeur personnellement, ou d'un tiers par lui délégué [4]. Il comprend même les frais et loyaux coûts du contrat que le vendeur aurait payés à la décharge de

[6] Pont, n° 243. Amiens, 24 avril 1822, Sir., 23, 2, 236. Agen, 28 août 1834, Sir., 35, 2, 426.

[7] Les créanciers hypothécaires, ou les privilégiés sur certains immeubles, qui provoqueraient la discussion du mobilier, auraient à faire l'avance des frais à ce nécessaires. Arg. art. 2023 et 2170. Persil, sur l'art. 2104, n° 2.

[8] Les règles relatives à la séparation des patrimoines et au droit de préférence qui s'y rattache, seront exposées au § 619.

[1] Voy. sur le droit de résolution dont le vendeur d'un immeuble, non payé du prix, jouit en sus du privilége : § 356 texte, notes 17 à 19, et 27 à 40.

[2] Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. IV, § 1. Duranton, XIX, 159. Pont, n° 186.

[3] Les intérêts doivent suivre le sort du principal. Cela est généralement admis; mais il y a controverse sur le point de savoir si la disposition restrictive de l'art. 2151 est applicable aux intérêts d'un prix de vente. Cpr. § 285.

[4] Troplong, I, 369. Martou, II, 549. Req. rej., 12 juin 1855, Sir., 56, 1, 65.

l'acheteur. Il en est incontestablement ainsi, lorsque, par une clause spéciale, le vendeur s'est chargé de faire l'avance de ces frais, et que l'acheteur s'est obligé à les rembourser en sus du prix; et cette solution doit être admise, même en l'absence d'une pareille clause, dans le cas où, faute par l'acheteur d'acquitter les frais de la vente, le vendeur s'est trouvé dans la nécessité d'en faire l'avance[5]. Quant aux frais de la transcription requise par le vendeur, ils jouissent du privilége, comme ayant eu pour objet de le conserver.

Mais le privilége ne s'étendrait pas aux dommages-intérêts dus au vendeur, alors même qu'ils auraient été fixés d'avance et à forfait, par une clause pénale insérée au contrat de vente[6].

Il est indifférent, pour l'existence du privilége, que le prix consiste, soit en une somme principale à payer par l'acheteur, soit en une rente, perpétuelle ou viagère, constituée dans l'acte de vente en faveur du vendeur lui-même ou d'un tiers, et que cette rente ait été stipulée directement, ou après indication d'un prix déterminé en capital[7].

Le privilége n'existe jamais que jusqu'à concurrence des sommes ou prestations restant dues d'après l'acte de vente. Ainsi, il ne s'étend pas aux suppléments de prix portés dans des actes séparés[8].

[5] L'acheteur qui, à défaut de stipulation contraire, est tenu de supporter les frais et loyaux coûts du contrat, en tient nécessairement compte pour n'offrir qu'un prix d'autant moindre. Par suite, le vendeur ne reçoit la valeur de l'immeuble vendu que sous la déduction de ces frais, qui constituent un des éléments de la fixation du prix; et si, obligé d'en faire l'avance, il ne jouissait pas du privilége pour les récupérer, il ne se trouverait plus garanti pour le prix qu'il devait recevoir comme constituant la valeur réduite de son immeuble. Grenier, II, 384. Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Privilége de créance, n° 252. Troplong, I, 220. Taulier, VII, p. 175. Mourlon, n° 161. Pont, n° 194. Limoges, 9 janvier 1841, Sir., 42, 2, 270. Bordeaux, 6 janvier 1844, Sir., 44, 2, 246. Metz, 21 décembre 1859, Sir., 60, 2, 253. Civ. cass., 1er avril 1863, Sir., 63, 1, 239. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2103, § 1; Duranton, XIX, 162; Martou, II, 554; Caen, 7 juin 1837, Sir., 37, 2, 409.

[6] Persil, sur l'art. 2103, § 1, n° 5. Duranton, XIX, 163. Troplong, I, 223. Civ. cass., 1er décembre 1863, Sir., 64, 1, 45. Pont, n° 193. Martou, II, 555. Voy. cep. Mourlon, n° 162.

[7] Cpr. § 356, texte n° 2, et note 17. Pont, n° 191. — Il en serait autrement, si le prix, consistant primitivement en un capital exigible, avait été, par une convention subséquente, converti en une rente, sans réserve du privilége. En pareil cas, le privilége se trouverait éteint par l'effet de la novation.

[8] Art. 1321. Persil, sur l'art. 2103, § 1, nos 6 et 7. Troplong, I, 218. Pont, n° 190. — Mais le privilége s'appliquerait au supplément de prix offert et adjugé

Si le prix avait été stipulé payable en effets de commerce, le privilége subsisterait pour garantie de leur paiement, quoiqu'en les recevant, le vendeur eût dans l'acte de vente donné quittance du prix [9]. Mais si le contrat portait purement et simplement quittance du prix, le vendeur ne pourrait plus réclamer de privilége, bien que, dans la réalité, l'acheteur n'eût donné en paiement que des billets non encore acquittés, ou qu'il résultât d'une contre-lettre que la quittance du prix est simulée [10].

Au cas de plusieurs ventes successives dont le prix est encore dû en tout ou en partie, le premier vendeur est préféré au second, le deuxième au troisième, et ainsi de suite, à supposer, bien entendu, que les différents vendeurs aient conservé leur privilége. Art. 2103, n° 1, al. 2.

Le privilége pour prix de vente ne porte que sur l'immeuble vendu, et lorsqu'une portion seulement de l'immeuble a été aliénée, il est restreint à cette portion [11].

Quoique la loi n'accorde explicitement le privilége dont il s'agit qu'au vendeur d'un immeuble, on doit placer sur la même ligne que le vendeur proprement dit, l'échangiste, et le débiteur qui a livré un immeuble en paiement de sa dette, en tant qu'ils ont à réclamer, d'après l'acte même qui constate l'échange ou la dation en paiement, une soulte ou un retour [12].

Mais l'échangiste évincé de l'immeuble qu'il a reçu en échange, n'a point de privilége pour la garantie qui lui est due [13]. L'acqué-

au vendeur par suite d'une action en rescision pour cause de lésion. Art. 1681. Cpr. Bordeaux, 23 avril 1836, Sir., 36, 2, 476.

[9] Outre les autorités citées à la note 21 du § 324, nous indiquerons encore dans le sens de l'opinion émise au texte: Merlin, *Rép.*, v° Novation, § 5, *in fine;* Mourlon, n° 139; Martou, II, 470 et 552.

[10] Voy. les autorités citées à la note 8 *supra.*

[11] Civ. rej., 13 juillet 1841, Sir., 41, 1, 731. — La disposition de l'art. 2133 est-elle applicable au privilége du vendeur d'un immeuble? Voy. § 284, texte n° 1.

[12] Persil, sur l'art. 2103, § 1, n^os^ 11 et 12. Granier, II, 387. Troplong, I, 215. Duranton, XIX, 155. Pont, n° 187. L'application à la soulte d'échange, du privilége pour prix de vente, n'est point une extension de ce privilége à une créance d'une nature différente. La soulte, en effet, n'est autre chose que le prix de la transmission à titre onéreux d'une portion de l'immeuble donné en échange.—Du reste, le coéchangiste ne jouit pas du privilége de vendeur pour le remboursement des sommes par lui payées, comme tiers détenteur, aux créanciers inscrits sur l'immeuble qu'il a reçu en contre-échange. Civ. cass, 26 juillet 1852, Sir., 52, 1, 693. Civ. rej., 14 novembre 1859, Sir., 60, 1, 803.

[13] Pont, n° 187. Turin, 10 juillet 1813, Sir., 14, 2, 13. Civ. cass., 26 juillet 1852, Sir., 52, 1, 693.

reur sous faculté de rachat qui a rendu l'immeuble, n'en a pas davantage pour le remboursement du prix, des frais de contrat, et de ses impenses nécessaires ou utiles [14].

Quant au donateur d'un immeuble, il ne saurait être assimilé au vendeur, et ne jouit d'aucun privilége à raison des charges, même pécuniaires, qu'il a imposées au donataire [15].

2° Le bailleur de fonds pour l'acquisition d'un immeuble [16]. Art. 2103, n° 2.

Celui qui a fourni des deniers devant servir à l'acquisition d'un immeuble, a privilége sur cet immeuble pour le remboursement de ces deniers, pourvu qu'il soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt que les fonds avancés étaient destinés à cet emploi, et par la quittance du vendeur que le paiement a été fait au moyen de ces fonds. On doit, en ce qui concerne cette double condition, appliquer les règles développées au § 321, n° 2, sur la subrogation consentie par le débiteur.

Il va de soi que le privilége du bailleur de fonds est, comme celui du vendeur lui-même, subordonné à la condition que l'acte de vente constate que tout ou partie du prix reste encore dû. S'il en résultait, au contraire, que le prix a été payé, sans qu'il fût

[14] L'exercice en temps utile de la faculté de rachat, stipulée dans un contrat de vente, constitue une simple résolution de vente, et non une vente nouvelle. Cpr. § 357, note 1. Persil, *loc. cit.* Grenier, II, 390. Troplong, I, 214. Pont, n° 189. Martou, II, 546.

[15] Persil, sur l'art. 2103, § 1, n° 10. Grenier, II, 387. Duranton, XIX, 156. Troplong, I, 216. Demolombe, XX, 576. Orléans, 26 mai 1848, Sir., 48, 2, 615. Douai, 6 juillet 1852, Sir., 53, 2, 546. Agen, 4 janvier 1854, Sir., 54, 2, 350. Nîmes, 29 novembre 1854, Sir., 55, 2, 512. Voy. en sens contraire: Pont, n° 188; Demante, IV, 96 *bis*, II. — Ces auteurs ont oublié qu'une donation, pour être faite sous des charges plus ou moins importantes, n'en conserve pas moins son caractère de donation, à moins que les charges ne soient l'équivalent de la valeur des biens donnés, auquel cas l'acte serait en réalité et pour le tout un acte de vente. Les donations onéreuses diffèrent de la vente par leur nature juridique et leurs effets, comme par leur cause impulsive; et si le législateur a cru devoir garantir, au moyen d'un privilége, le paiement du prix de vente d'un immeuble, les motifs qui l'y ont porté n'existaient évidemment pas, ou du moins n'existaient qu'à un degré moindre pour l'exécution des charges et conditions d'une donation. En tout cas, il n'a point accordé de privilége pour les créances et actions résultant de pareilles charges, et les priviléges ne peuvent être étendus des créances pour lesquelles seules ils ont été établis, à des créances d'une nature plus ou moins analogue. Cpr. § 701, texte et note 11.

[16] Ce privilége est au fond le même que celui du vendeur; et si, à l'exemple du Code, nous en faisons une mention spéciale, c'est qu'il est susceptible d'être conservé par des moyens qui lui sont propres. Cpr. § 278, texte n° 2.

fait mention de l'origine des deniers au moyen desquels le paiement a été effectué, on ne pourrait suppléer à cette omission par une déclaration postérieure du vendeur.

D'un autre côté, on aurait tort de conclure de la disposition du nº 2 de l'art. 2103 que le vendeur ne peut, en recevant le prix de vente d'une tierce personne, la subroger valablement en son privilége, au moyen d'une déclaration expresse de subrogation contenue dans la quittance. Art. 1250, nº 1.

3º Les copartageants d'immeubles indivis. Art. 2103, nº 3.

Les cohéritiers et, en général, tous ceux qui ont partagé, soit une masse composée de meubles et d'immeubles, soit un ou plusieurs immeubles déterminés [17], ont privilége pour la garantie du partage et des soultes ou retours de lots; ainsi que pour le prix de licitation d'immeubles adjugés à l'un d'eux [18].

Ce privilége a lieu dans les partages anticipés faits par un ascendant entre ses descendants, tout aussi bien que dans les partages faits après décès entre cohéritiers [19].

Le cohéritier ou copropriétaire qui a vendu sa part indivise à son communiste, jouit du privilége de copartageant, et ne peut invoquer celui de vendeur, lorsque cette vente, ayant fait cesser

[17] L'art. 2103, nº 3, n'accorde expressément de privilége qu'aux cohéritiers sur les immeubles de la succession. Mais sa rédaction, incomplète sous ce rapport, est complétée par l'art. 2109, qui reconnaît l'existence du privilége au profit de tout copartageant sur les biens partagés, sans égard à la nature de l'indivision que le partage a fait cesser. Cpr. aussi : art. 1476 et 1872. Persil, sur l'art. 2103, § 3, nº 2. Grenier, II, 407. Troplong, I, 238. Pont, nº 200.

[18] Lorsqu'en vertu d'une clause insérée à cet effet au cahier des charges, l'immeuble adjugé sur licitation à l'un des copartageants a été revendu sur lui à la folle enchère et pour un prix moindre, les autres copartageants pourront-ils toujours exercer leur privilége pour les portions qui leur revenaient dans le prix de la première adjudication, ou au contraire leur privilége sera-t-il restreint aux parts à eux afférentes dans le prix de la nouvelle adjudication ? Voy. dans le sens de cette dernière solution : Pont, nº 208 : Rouen, 30 décembre 1850, Sir., 51, 2, 401. Cette solution, fondée sur ce que la folle enchère fait complétement disparaître la première adjudication avec toutes ses conséquences, ne nous paraît pas exacte. Le motif qui seul pourrait la justifier, très-contestable déjà sous l'empire de l'ancien Code de procédure, a été formellement condamné par la loi du 21 mai 1858. L'art. 779 du Code de procédure, modifié par cette loi, suppose en effet que la folle enchère, tout en substituant un second adjudicataire au premier, laisse cependant subsister l'adjudication originaire, avec tous les droits qu'elle avait conférés aux parties intéressées.

[19] Cpr. § 733, texte nº 2 et note 9. Pont, nº 206. Martou, II, 576.

d'une manière absolue l'indivision, équivaut à partage [20]. Au cas contraire, il jouit du privilége de vendeur [21].

Le privilége accordé aux copartageants a pour objet de maintenir l'égalité entre eux, en les garantissant réciproquement de toutes les pertes qui auraient pour résultat de la rompre. Il s'applique donc à la garantie de toutes les valeurs, soit mobilières, soit immobilières, qui, dépendant de la masse commune, comme choses principales ou comme accessoires, ont été comprises au partage et assignées à un ou à plusieurs des copartageants, et notamment aux rapports à faire entre cohéritiers, ainsi qu'aux restitutions de fruits dus par l'un des copartageants [22]. Il s'applique également au recours du copartageant qui, par une cause quelconque, se voit obligé de payer une dette commune au delà de la part pour laquelle il doit y contribuer, ou qui est recherché pour le paiement de dettes que le partage avait mises à la charge exclusive d'un autre copartageant [23].

Mais aussi le privilége n'a lieu que pour les créances ou actions qui ont leur principe dans un partage, ou dans quelque autre acte équivalent à partage. Ainsi, il ne garantirait point les condamnations prononcées, après le partage d'une succession, contre l'un des héritiers, pour cause de recelés ou de détournements ultérieurement découverts, si d'ailleurs l'acte de partage de la succession était maintenu [24].

Le privilége pour le paiement du prix de licitation ne porte que

[20] Cpr. § 625, texte nº 1, notes 2 à 10. Bourges, 26 janvier 1844, Sir., 45, 2, 426. Riom, 17 août 1853, Sir., 56, 1, 49. Voy. en sens contraire : Toulouse, 14 décembre 1850, Sir., 51, 2, 101; Grenoble, 4 janvier 1853, Sir., 53, 2, 581. Ces deux arrêts ont refusé de reconnaître le caractère d'actes de partage à des cessions de droits successifs qui avaient cependant fait cesser complétement l'indivision. C'est en les considérant à tort comme de véritables ventes, qu'ils ont admis en faveur des cédants le privilége de vendeur.

[21] Lyon, 29 juillet 1853, Sir., 53, 2, 581.

[22] Cpr. L. 19, L. 22, § 4, L. 56, D. *fam. ercisc.* (10, 2); Cod. Nap., art. 828, 829, 830, 831, 869; Code de proc., art. 976; § 624, texte nº 3 et note 23. Troplong, I, 239, nº 4. Pont, nº 204. Martou, II, 578. Req. rej., 11 août 1830, Sir., 31, 1, 63. Voy. en sens contraire, quant aux créances pour restitution de fruits : Grenier, I, 159; Toulouse, 9 juin 1824, Sir., 26, 2, 105; Aix, 12 juillet 1826, Sir., 28, 2, 345. Cpr. Duranton, XIX, 187.

[23] Persil, sur l'art. 2103, nº 5. Troplong, I, 239, nº 5. Pont, nº 205. Martou, II, 585. Req. rej., 2 avril 1839, Sir., 39, 1, 380. Toulouse, 15 janvier 1841, Sir., 41, 2, 238. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 399; Duranton, XIX, 187 et 188.

[24] Agen, 22 décembre 1846, Sir., 47, 2, 204.

sur l'immeuble licité. Tandis que celui qui a pour objet la garantie du partage et des soultes ou retours de lots, grève tous les immeubles de la succession, même ceux échus à des copartageants qui ne sont chargés d'aucune soulte[25]. Toutefois, le privilége n'affecte, sous ce dernier rapport, les immeubles compris au lot de chaque copartageant que dans la mesure de son obligation personnelle, soit comme débiteur ou codébiteur d'une soulte, soit comme garant des effets de partage, et notamment du paiement des soultes dues par d'autres copartageants[26].

4° Les architectes, entrepreneurs et ouvriers. Art. 2103, n° 4.

Les architectes, entrepreneurs, maçons ou autres ouvriers qui ont été employés par le propriétaire pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, des canaux, ou d'autres ouvrages[27], jouis-

[25] Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. IV, n° 3. Troplong, I, 237. Duranton, XIX, 186. — M. Pont (n° 207), qui admet sans réserve la proposition énoncée au texte, en ce qui concerne le privilége pour la garantie du partage, la restreint en ce qui touche le privilége pour le paiement d'une soulte ou d'un retour de lot, au cas où le copartageant qui en a été chargé, était déjà insolvable au moment du partage. Cette restriction nous paraît inadmissible. Tous les copartageants étant de droit garants, envers celui à qui le partage attribue une soulte ou un retour de lot, du paiement de cette valeur, il en résulte que les immeubles compris dans leurs lots se trouvent grevés du privilége, indépendamment de toute question de solvabilité ou d'insolvabilité du copartageant, débiteur de la soulte. C'est ce qu'indique nettement le n° 3 de l'art. 2103, en soumettant *les immeubles de la succession* à *la garantie des soulte ou retour de lots ;* et il serait contraire aux règles d'une saine interprétation de considérer cette disposition si formelle, et corroborée encore par la première partie de l'art. 2109, comme ayant été restreinte par ces mots purement indicatifs *sur le bien chargé de soulte*, qui se trouvent dans la dernière partie du même article. Il peut, sans doute, arriver que le copartageant, créancier d'une soulte, perde son recours contre les autres, faute d'avoir conservé ses droits au regard du débiteur de la soulte, ou de l'avoir poursuivi en temps utile ; mais c'est là une question de déchéance, qui doit être appréciée d'après les circonstances, et dont la solution affirmative, dans un cas donné, n'empêchera pas que le droit à la garantie n'ait existé en vertu même du partage, et avec le privilége qui y est attaché.

[26] Cpr. § 625, texte n° 2 et note 39. Duranton, XIX, 185. Pont, n° 207. Voy. cep. Tarrible, *loc. cit.*

[27] Ce privilége, qui ne s'applique qu'à des ouvrages dont l'exécution rentre dans l'idée de construction ou d'édification, et notamment à l'établissement ou à la réparation de digues et de chaussées, ne s'étend pas aux simples travaux d'agriculture, tels que défrichements, semis et plantations etc. Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. IV, § 4. Troplong, I, 242 *bis*. Pont, n° 210. — Voy. sur les priviléges accordés pour travaux de desséchement de marais ou de drainage, et aux travaux pour recherche de mines : § 263 *bis*, texte, n° III.

sent, pour les sommes qui leur sont dues, d'un privilége, qui affecte l'immeuble sur lequel ces travaux ont été exécutés.

Les sous-entrepreneurs et les ouvriers employés, non par le propriétaire, mais par l'entrepreneur qui seul a traité avec ce dernier, ne jouissent pas de ce privilége [28]. Le possesseur ou tiers-détenteur d'un immeuble n'en jouit pas davantage pour les impenses utiles ou même nécessaires qu'il y a faites [29].

Ce privilége, quoique frappant l'immeuble tout entier, ne l'affecte cependant que dans la mesure de la mieux-value existant à l'époque de l'aliénation volontaire ou forcée de cet immeuble, et résultant des travaux qui y ont été exécutés, sans qu'il y ait, à cet égard, de distinction à faire entre les travaux de conservation et ceux de simple amélioration [30]. Mais aussi le privilége est-il, dans

[28] Persil, sur l'art. 2103, § 4, nº 3. Pont, nº 210. — Cpr. sur l'action qui compète aux ouvriers employés par un entrepreneur contre le propriétaire : § 386, texte *in fine*, et notes 24 à 26.

[29] Les créances auxquelles le législateur a entendu accorder le privilége établi par le nº 4 de l'art. 2103, sont celles qui naissent d'une convention de louage d'ouvrage intervenue entre le propriétaire et l'entrepreneur ou les ouvriers. Ce serait étendre ce privilége au delà de sa cause, que de l'accorder au tiers détenteurs pour les impenses par lui faites; et cette extension est d'autant moins admissible, qu'il n'arrivera jamais que le tiers détenteur ait rempli les conditions auxquelles l'acquisition du privilége est subordonnée. Tarrible, *Rép.*, vº Privilége, sect. IV, nº 5. Cpr. Req. rej., 28 novembre 1838, Sir., 38, 1, 951; Req. rej., 8 juillet 1840, Sir., 40, 1, 993. Voy. en sens contraire: Grenier, II, 335; Troplong, III, 836. Voy. aussi : Req. rej., 11 novembre 1824, Sir., 25, 1, 140 ; Civ. rej., 30 juiliet 1827, Sir., 28, 1, 72. Ces arrêts de la Cour de cassation ont bien reconnu, en faveur du tiers détenteur et de l'usufruitier, le droit de réclamer, dans un ordre ouvert sur le vendeur ou le nu-propriétaire, collocation par préférence pour les impenses nécessaires par eux faites ; mais ils ne leur ont pas, pour cela, attribué le privilége établi par l'art. 2103, nº 9. Cpr. au surplus, sur la position du tiers détenteur quant aux impenses qu'il a faites : § 287.

[30] Une pareille distinction serait aussi contraire au texte de l'art. 2103, nº 4, qu'à l'esprit de la loi, qui n'a pas voulu que les créanciers hypothécaires fussent jamais tenus de laisser prélever sur la valeur de l'immeuble, à raison des travaux qui y ont été exécutés, une somme supérieure à celle dont, au jour de l'aliénation, cette valeur se trouve encore augmentée par suite de ces travaux. Grenier, II, 419. Troplong, I, 243. Pont, nº 211. Martou, II, 597. Cpr. cep. Req. rej., 11 novembre 1824, Sir., 25, 1, 140. Cet arrêt a été rendu dans une espèce où il s'agissait de réparations nécessaires dont le prix était réclamé, non par un entrepreneur ou des ouvriers, mais par le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, qui, en cette qualité et à raison même des obligations qui lui étaient imposées (cpr. art. 2175), pouvait être considéré comme le *negotiorum gestor* des créanciers. Cpr. § 287.

cette mesure, attaché à l'intégralité et à chaque partie de la créance de l'architecte, de l'entrepreneur, ou des ouvriers, de telle sorte que, si des paiements d'à-compte leur avaient été faits dans le cours des travaux ou après leur achèvement, ils conserveraient leur privilége pour le solde de leur créance sur la mieux-value tout entière [31].

L'acquisition du privilége dont il s'agit, est subordonnée à une double condition, à savoir :

a. Qu'il ait été dressé, avant le commencement des travaux [32], par un expert nommé d'office par le tribunal de la situation de l'immeuble, un procès-verbal constatant l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclare avoir dessein de faire exécuter;

b. Que les ouvrages aient été, dans les six mois au plus de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office.

C'est d'après les éléments de comparaison fournis par ces deux procès-verbaux que se détermine la mieux-value au jour de l'aliénation de l'immeuble. On doit, pour l'appréciation de cette mieux-value, faire abstraction de l'augmentation ou de la diminution de valeur que l'immeuble peut avoir reçue ou subie par des causes indépendantes des travaux qui y ont été exécutés [33].

Quelque absolue que paraisse la disposition qui exige, comme

[31] Mourlon, nº 181. Pont, nº 214. Martou, II, 608. — Persil (sur l'art. 2103, § 4, nº 10), partant de la supposition que l'entrepreneur ou les ouvriers ont deux créances distinctes, l'une privilégiée jusqu'à concurrence de la mieux-value résultant des travaux, l'autre non privilégiée pour le surplus, estime qu'il y a lieu, d'après l'art. 1256, d'imputer les paiements à compte sur la créance privilégiée, de telle sorte que le privilége s'éteindrait successivement dans la mesure de ces paiements. Grenier (II, 412) et M. Duranton (XIX, 191), tout en repoussant la supposition de l'existence de deux créances distinctes, et par suite l'application de l'art. 1256, pensent cependant qu'il faut répartir les à compte proportionnellement sur la partie de la créance qui se trouvait garantie par le privilége et sur celle qui ne l'était pas, ce qui amènerait encore, quoique dans une mesure moindre, l'extinction du privilége. Mais ces deux opinions sont également inadmissibles. Les droits de gage sont, de leur nature, indivisibles, et quant aux choses qui en sont grevées, et quant aux créances qu'ils sont destinés à garantir. Lorsque le gage est insuffisant, il n'y a pour cela, ni deux créances distinctes, ni même deux parties distinctes d'une seule créance : toutes les fractions de la créance participant à la garantie du gage, les paiements partiels laissent subsister le privilége dans son intégrité pour le solde restant dû. Arg. art. 2083 et 2114. Cpr. § 285.

[32] Civ. cass., 11 juillet 1855, Sir., 55, 1, 699.

[33] Duranton, XIX, 190. Pont, nº 213. Bordeaux, 2 mai 1826, Sir., 26, 2, 292.

condition de l'acquisition du privilége, la constatation préalable de l'état de l'immeuble, un procès-verbal d'expert, quoique rédigé après le commencement des travaux, suffirait cependant pour assurer le privilége quant aux travaux exécutés depuis sa rédaction, si d'ailleurs l'état primitif des lieux était encore parfaitement reconnaissable et susceptible d'être constaté avec précision et certitude au moyen d'une simple inspection [34].

5° Les tiers qui ont prêté les deniers pour payer les architectes, entrepreneurs ou ouvriers, jouissent du même privilége que ces derniers, à la double condition que ce privilége se trouve régulièrement établi, et que, d'autre part, la destination et l'emploi des deniers empruntés soient authentiquement constatés par l'acte d'emprunt et par les quittances des créanciers primitifs. Art. 2103, n° 5.

Il en est de même des tiers qui auraient directement payé s architectes, entrepreneurs ou ouvriers, à condition que les quittances délivrées par ces derniers contiennent une déclaration expresse de subrogation à leur profit.

APPENDICE AU CHAPITRE II.

Des priviléges établis par des lois spéciales.

§ 263 *bis*.

I. *Des priviléges du Trésor public. — Développement de l'art. 2098.*

a. *Privilége de la Régie des douanes.*

La loi des 6-22 août 1791 (tit. XIII, art. 22), confirmée par celle du 4 germinal an II (tit. VI, art. 4), et par la loi des finances du 28 avril 1816 (Douanes, art. 58), confère à la Régie des douanes, pour le recouvrement des droits dus au Trésor, un privilége sur la généralité des meubles et effets mobiliers des redevables [1].

[34] Persil, sur l'art. 2103, § 4, n° 1. Troplong, I, 245, note 3. Pont, n° 218. Paris, 6 mars 1834, Sir., 34, 2, 308. Civ. rej., 20 novembre 1839, Sir., 39, 1, 903. Rouen, 12 juin 1841, Dalloz, 1841, 2, 402. Paris, 29 novembre 1843, Dalloz, 1844, 2, 30. Req. rej., 1er mars 1853, Sir., 53, 1, 363. — La Cour de Bordeaux (2 mai 1826, Sir., 26, 2, 292) a même admis comme valable, dans le sens de la proposition émise au texte, un procès-verbal dressé, après le commencement des travaux, sur les renseignements fournis par les parties et les ouvriers. Mais nous ne saurions approuver cette décision, qui est également rejetée par M. Martou (II, 603).

[1] L'art. 23 de cette loi confère de plus à la Régie des douanes une hypothèque

Ce privilége s'étend aux effets mobiliers de leurs cautions solidaires[2].

La Régie des douanes est, à raison de son privilége, préférée à tous autres créanciers, à l'exception toutefois de ceux auxquels sont dus des frais de justice ou autres frais privilégiés[3], et du locateur pour six mois de loyers[4]. Elle ne peut d'ailleurs opposer son privilége au vendeur qui revendique les marchandises par lui vendues, soit en vertu de l'art. 2102, n° 4, soit dans le cas prévu par l'art. 576 du Code de commerce[5].

Le privilége de la douane ne frappe les meubles des redevables qu'en tant qu'ils en sont restés propriétaires, ou que le prix leur en est encore dû. Pour ce qui est des marchandises déposées ou entreposées dans les magasins de la douane, la Régie perd son droit de gage lorsqu'elle consent à la prise de possession par les acheteurs[6].

sur les biens des redevables. Cpr. § 264 *quater*, texte *in fine*. — D'un autre côté, les art. 22 et 23 établissent en faveur de la Régie un privilége sur la généralité des meubles de ses agents comptables, et une hypothèque sur leurs immeubles. Mais ces dispositions ayant été remplacées et modifiées par la loi du 5 septembre 1807, il n'y a pas lieu de les analyser ici. Voy. texte, lett. *d infra*.

[2] Pont, n° 31. Civ. cass., 12 décembre 1822, Sir., 23, 1, 164. Voy. cep. Civ. cass., 14 mai 1816, Sir., 16, 1, 257. Cpr. texte, lett. *c* et note 13 *infra*.

[3] Ces termes *autres frais privilégiés* s'appliquent aux créances qui, d'après l'ancienne jurisprudence, jouissaient déjà, comme les frais de justice, d'un privilége général sur les meubles, c'est-à-dire aux frais funéraires et de dernière maladie, aux gages des gens de service, et aux fournitures de subsistances. Troplong, 1, 34. Pont, n° 33.

[4] La loi du 4 germinal an II (tit. VI, art. 4), qui dit en termes généraux : «La «République est préférée à tous créanciers pour droits, confiscation, amende et «restitution,» ne doit pas être considérée comme ayant abrogé l'art. 22 précité de la loi des 6-22 août 1791, qui fait passer avant le privilége de la Régie des douanes les diverses créances y mentionnées. En effet, la loi de germinal an II concerne plus particulièrement le commerce maritime; et la disposition relative au privilége de la Régie est rédigée d'une manière si vague et si incomplète, qu'il n'est pas possible d'y trouver l'intention de régler à nouveau la matière. Elle ne fait que rappeler le privilége établi par la législation antérieure. Pont, n° 33. Du reste, si le privilége général de la douane est primé par le privilége spécial pour six mois de loyers, il prime tous les autres priviléges spéciaux, et notamment ceux qui se trouvent établis par l'art. 191 du Code de commerce. Troplong, 1, 34. Req. rej., 14 décembre 1824, Sir., 25, 1, 207. Cpr. note 14 *infra*.

[5] Civ. cass., 12 février 1845, Sir., 45, 1, 205.

[6] Pont, n° 33. Cpr. Req. rej., 27 frimaire an XIII, et Civ. cass., 3 décembre 1822, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 1, 42, et VII, 1, 464; Req. rej., 19 décembre 1859, Dalloz, 1860, 1, 110.

b. *Privilége de la Régie de l'enregistrement pour droits de mutaiion par décès.*

En attribuant à la Régie de l'enregistrement, pour le paiement des droits de mutation par décès, action sur les revenus des biens à déclarer, en quelques mains qu'ils se trouvent, la loi du 22 frimaire an VII (art. 32) lui a par cela même reconnu un droit de préférence sur ces revenus[7].

Mais la Régie ne jouit d'aucun privilége sur les meubles ou immeubles mêmes de la succession[8], et bien moins encore, d'un droit de copropriété qui l'autorise à prélever sur la valeur de ces biens le montant des droits de mutation[9].

Le droit qui compète à la Régie sur les revenus des biens à déclarer, ne peut d'ailleurs s'exercer, ni au préjudice des tiers acquéreurs[10], ni même au détriment des créanciers hypothécaires, sur les fruits naturels ou civils qui, par suite de leur immobilisation, formeraient, dans leur intérêt, un accessoire à distribuer, comme valeur immobilière et par voie d'ordre, avec le prix principal[11].

[7] Grenier, II, 418. Persil, *Reg. hyp.*, I, 25, et *Quest.*, I, p. 14. Favard, *Rép.*, v° Privilége, sect. II, § 2. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Mutation par décès, n^os^ 284 et 287. Troplong, I, 97. Demante, *Commentaire de la loi du 22 frimaire an VII*, n° 671, et *Revue critique*, 1855, VI, p. 300 à 302. Civ. rej., 9 vendémiaire an XIV, Sir., 6, 2, 112. Paris, 25 mai 1835, Sir., 35, 2, 272. Civ. cass., 3 décembre 1839, Sir., 40, 1, 28. Bordeaux, 15 février 1849, Sir., 49, 2, 536. Civ. rej., 28 juillet 1851, Sir., 51, 1, 761. Angers, 9 janvier 1856, Sir., 56, 2, 75. Civ. cass., 23 juin 1857, Sir., 57, 1, 401. Civ. rej., 24 juin 1857, Sir., 57, 1, 438. Civ. cass., 2 décembre 1862, Sir., 62, 1, 97. Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. II, § 2, n° 7 ; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, IV, 3887; Duranton, XIX, 233; Pont, n° 34; Orléans, 9 juin 1860, Sir., 60, 2, 551.

[8] Par ses arrêts des 23 et 24 juin 1857, cités à la note précédente, rendus au rapport de M. Laborie à la suite d'une discussion fort approfondie, la Cour de cassation a abandonné sa jurisprudence antérieure, qui attribuait à la Régie un privilége sur toutes les valeurs mobilières et immobilières de la succession. Voy. Civ. cass., 8 décembre 1839, Sir., 40, 1, 28; Civ. rej., 28 juillet 1851, Sir., 51, 1, 761. Cpr. aussi Serrigny, *Revue critique*, 1856, IX, p. 538; Paris, 25 mai 1835, Sir., 35, 2, 272; Amiens, 11 juin 1853 et 18 novembre 1854, Sir., 53, 2, 537, et 55, 2, 47; Paris, 13 mars 1855, Sir., 55, 2, 161.

[9] Cpr. § 190, texte et note 8.

[10] Avis du Conseil d'État des 4-21 septembre 1810. Cet avis décide avec raison que les termes de l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an VII, *en quelques mains qu'ils se trouvent*, ne s'appliquent qu'aux personnes qui, tels que les légataires à titre universel ou particulier, tiennent directement leurs droits du défunt.

[11] Arg. art. 2098, al. 2. Civ. rej., 24 juin 1857, Sir., 57, 1, 438.

c. *Privilége de la Régie des contributions indirectes.*

L'art. 47 du décret du 1er germinal an XIII confère à la Régie des contributions indirectes, pour le recouvrement des droits qui lui sont dus, un privilége sur tous les meubles et effets mobiliers des redevables[12].

Ce privilége s'étend, comme celui de la douane, au mobilier des cautions des redevables[13]. Il prime toutes autres créances, à l'exception seulement des frais de justice et de ce qui est dû pour six mois de loyers[14]. Il ne peut du reste être opposé à la revendication, formée par les propriétaires, des marchandises en nature qui se trouvent encore sous balle et sous corde.

d. *Privilége sur les biens des comptables.*

Une loi du 5 septembre 1807 a réglé, d'une manière complète, le privilége et l'hypothèque légale du Trésor sur les biens des comptables[15].

Aux termes de l'art. 2 de cette loi, le Trésor jouit d'un privilége général sur tous les biens meubles des comptables, ponr le paiement de leurs débets.

On doit considérer comme comptables du Trésor, tous ceux qui, opérant des recettes ou des paiements pour le compte de l'État, ont le maniement de deniers publics, qu'ils soient ou non justiciables de la Cour des comptes[16]. Mais on ne saurait ranger dans

[12] Le même article avait établi un privilége sur les biens des comptables pour leurs débets; mais la disposition qu'il contenait à ce sujet, a été remplacée et modifiée par celles de la loi du 5 décembre 1807.

[13] Pont, nº 37. Civ. cass., 18 janvier 1841, Sir., 41, 1, 324.

[14] La loi du 5 septembre 1807, relative seulement au privilége sur les biens des comptables, et qui, sous ce rapport, a rendu toute son étendue au privilége du locateur, a laissé subsister la restriction de ce privilége à six mois de loyers, lorsqu'il s'agit de l'exercer, au préjudice de la Régie, sur les biens d'un redevable. Troplong, I, 99, à la note. Pont, nº 36. Civ. rej., 11 mars 1835, Sir., 35, 1, 270. Voy. cep. Req. rej., 27 février 1833, Sir., 33, 1, 289. — Le privilége du propriétaire pour six mois de loyers peut être exercé dans le cas même où, au commencement du bail, le locataire a payé d'avance six mois de loyers; ce paiement anticipé doit s'imputer sur les six derniers mois de jouissance. Civ. rej., 26 janvier 1852, Sir., 52, 1, 122.

[15] Un avis du Conseil d'État des 13-25 février 1808 a déclaré les art. 2098 et 2121 du Code Napoléon, ainsi que la loi du 5 septembre 1807, applicables aux comptables du Trésor de la couronne, ce qui doit aujourd'hui s'entendre des comptables de la liste civile et de la dotation de la couronne.

[16] L'énumération contenue dans l'art. 7 de la loi du 5 septembre 1807 n'est pas limitative. Pont, nº 39. Req. rej., 5 mars 1855, Sir., 55, 1, 251.

la classe des comptables du Trésor, ni les percepteurs des contributions directes[17], ni les comptables en matières, tels que les agents manutentionnaires des vivres militaires[18], ni bien moins encore les fournisseurs de l'État, qui auraient obtenu par anticipation des sommes excédant le montant de leurs fournitures[19].

Le privilége dont il est ici question s'étend, même à l'égard de la femme séparée de biens, à tous les meubles qui se trouvent dans les maisons d'habitation du mari[20], sauf à la femme à prouver qu'ils lui appartiennent légalement[21]. Mais il ne s'exerce qu'après les priviléges généraux et spéciaux énoncés aux art. 2101 et 2102 du Code Napoléon (même art. 2).

Outre le privilége général sur les meubles des comptables, le Trésor a un privilége spécial sur les immeubles acquis par eux, à titre onéreux, postérieurement à leur nomination (loi précitée, art. 4). Ce privilége est subordonné à la nécessité d'une inscription prise dans les deux mois de l'enregistrement des actes d'acquisition, faute de quoi il dégénère en simple hypothèque conformément à l'art. 2113 (loi précitée, art. 5).

Quant aux immeubles acquis dès avant la nomination, ils ne sont soumis qu'à l'hypothèque légale, conformément aux art. 2121 et 2134 du Code Napoléon (loi précitée, art. 6), encore que le prix n'en ait été soldé que depuis cette époque[22]. Il en est de

[17] En effet, les percepteurs ne sont que de simples collecteurs ou préposés des receveurs généraux, et n'ont point de compte avec le Trésor. Aussi l'art. 8 de la loi du 5 septembre ne les mentionne-t-il pas. Décision du ministre des finances du 21 mars 1809 (rapportée en note de l'arrêt ci-après cité). Troplong, II, 430 *bis*. Pont, n° 39. Colmar, 10 juin 1820, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 271.

[18] Civ. rej., 19 février 1856, Sir., 56, 1, 727.

[19] Req. rej., 3 mai 1843, Sir., 43, 1, 369.

[20] Les expressions de l'art. 2 de la loi du 5 septembre 1807, *dans les maisons d'habitation du mari*, ne présentent pas un sens parfaitement clair, et ne paraissent pas complètes. Si on les prenait au pied de la lettre, il en résulterait que si, de fait, la femme habitait seule une maison à elle appartenante, ou louée pour son compte, le privilége du Trésor ne s'étendrait pas aux meubles existant dans cette maison. Or une pareille restriction serait d'autant moins admissible, que le législateur a évidemment voulu donner au privilége du Trésor, vis-à-vis des femmes des comptables, la plus grande latitude possible. Pont, n° 41. Cpr. Persil, sur l'art. 2098 ; Duranton, XIX, 234.

[21] Cette réserve ne concerne pas exclusivement les femmes séparées de biens : sous quelque régime qu'elle soit mariée, la femme d'un comptable est toujours recevable à prouver, par les moyens admis à l'égard des tiers, que les meubles trouvés dans son habitation, ou dans celle du mari, sont sa propriété. Pont, n° 41.

[22] Troplong, I, 92 *bis*. Pont, n° 42. — On peut objecter que le privilége du

même des immeubles acquis à titre gratuit postérieurement à la nomination, à moins cependant que la transmission n'en ait eu lieu sous des charges qui, par leur nature et leur importance, soient à considérer comme constituant un prix[23]. Enfin, on doit placer sur la même ligne que les acquisitions à titre gratuit, celles qui ont eu lieu par voie d'échange, sans soulte ni retour de lot à la charge du comptable[24].

Les femmes des comptables, même séparées de biens, sont légalement réputées personnes interposées dans les acquisitions à titre onéreux par elles faites postérieurement à la nomination de leurs maris; et la loi soumet en conséquence les immeubles ainsi acquis au privilége du Trésor. Toutefois cette présomption d'interposition n'est point absolue, et peut être utilement combattue par la preuve que les deniers employés à une acquisition faite par la femme, lui appartenaient (loi précitée, art. 4, nº 2). D'un autre côté, cette présomption ne peut, en tant que présomption légale, être étendue à des acquisitions faites par le fils ou par un ascendant du comptable, sauf au Trésor à prouver que les deniers employés à l'acquisition ont été fournis par ce dernier, et qu'ainsi l'acquéreur apparent n'est, en réalité, qu'une personne interposée[25].

e. *Privilége pour frais de justice criminelle.*

Une seconde loi du 5 septembre 1807 règle le privilége du Trésor pour le remboursement des frais, dont la condamnation est

Trésor est fondé sur la présomption que les acquisitions ont été payées des deniers de l'État, et qu'au point de vue de cette présomption, des immeubles acquis, il est vrai, par des actes antérieurs à la nomination, mais dont le prix n'a été payé que depuis, ne sauraient être considérés comme ayant appartenu au comptable dès avant son entrée en fonction. Quelque grave que puisse paraître cette objection, on ne doit cependant pas s'y arrêter. D'une part, en effet, la présomption qui sert de base au privilége, est évidemment moins puissante pour les acquisitions qui remontent à une époque antérieure à la nomination du comptable, que pour les acquisitions faites depuis cette époque; d'autre part, la loi s'étant exclusivement attachée aux dates des acquisitions, et n'ayant fait, en ce qui concerne les acquisitions antérieures à la nomination, aucune distinction entre celles dont les prix auraient été soldés avant ou après la nomination, il ne saurait être permis, en suppléant une pareille distinction, d'étendre le privilége à des immeubles qui n'y ont pas été formellement soumis.

[23] Req. rej., 5 mars 1855, Sir., 55, 1, 251.

[24] Duranton, XIX, 234. Pont, nº 41.

[25] Troplong, I, 92. Pont, nº 42. Limoges, 22 juin 1808, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 2, 402.

prononcée à son profit en matière criminelle, correctionnelle, ou de simple police.

Ce privilége frappe sur la généralité des meubles et des immeubles des condamnés.

Il est primé, quant au mobilier, par les priviléges désignés aux art. 2101 et 2102 du Code Napoléon, et par les sommes dues pour la défense personnelle des condamnés[26] (loi précitée, art. 2).

D'un autre côté, il ne peut s'exercer sur la masse immobilière qu'à défaut de mobilier[27], et seulement après les priviléges et droits suivants (loi précitée, art. 4) :

α Les priviléges énumérés en l'art. 2101 du Code Napoléon ;

β Les priviléges indiqués à l'art. 2103 du même Code, pourvu qu'ils aient été dûment conservés.

γ Les hypothèques légales existant indépendamment de l'inscription, lorsqu'elles sont antérieures, soit au mandat d'arrêt décerné contre le condamné, soit au jugement de condamnation s'il n'a pas été décerné de mandat d'arrêt.

δ Les autres hypothèques, pourvu qu'elles aient été inscrites avant le privilége du Trésor, et qu'elles résultent d'actes antérieurs au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation.

ε Les sommes dues pour la défense personnelle du condamné.

[26] La créance du défenseur est-elle privilégiée, non-seulement à l'égard du Trésor public, mais encore à l'égard de tous les créanciers chirographaires du condamné ? Ou, au contraire, ne jouit-elle que d'une simple préférence sur les frais de justice ? Tarrible (*Rép.*, v° Privilége, sect. II, § 2, n° 7) et M. Troplong (I, 35) se prononcent dans ce dernier sens, et enseignent, en conséquence, que la somme allouée au défenseur du condamné doit être prélevée sur la collocation accordée pour les frais de justice, sauf au Trésor public à concourir pour cette somme, par contribution ou au marc le franc, avec les créanciers cédulaires. Cette opinion ne nous paraît pas devoir être suivie. Nous pensons, avec MM. Pardessus (*Droit commercial*, IV, 1197), Duranton (XIX, 259), Valette (n° 39) et Pont (n° 46), que la loi du 5 septembre 1807 établit virtuellement un véritable privilége en faveur des sommes dues pour la défense du condamné ; qu'ainsi le défenseur et le Trésor doivent être colloqués, pour l'intégralité de leurs créances, avant les créanciers cédulaires. Le système contraire restreint arbitrairement l'effet du privilége pour frais de justice criminelle, puisque, d'après le texte et l'esprit manifeste de la loi, le Trésor doit, pour le recouvrement intégral de ces frais, primer, après le paiement des sommes dues pour la défense du condamné, tous les créanciers cédulaires de ce dernier.

[27] Arg. art. 2098 cbn. 2105. Persil, sur l'art. 2104, n° 1. Troplong, I, 94 *ter*. Pont, n° 44. Civ. rej., 22 août 1836, Sir., 36, 1, 625. — Il faut donc appliquer au privilége du Trésor, pour frais de justice criminelle, les explications données au § 262.

Le privilége dont il s'agit, établi pour assurer le recouvrement des frais de justice criminelle, ne peut être étendu aux amendes, à raison desquelles le Trésor ne jouit que de l'hypothèque judiciaire[28]. Il ne s'applique même pas aux frais de poursuites pour banqueroute simple ou frauduleuse, en ce sens, du moins, que ces frais ne peuvent être mis à la charge de la masse[29].

Il doit, pour conserver, quant aux immeubles, le caractère de privilége, être inscrit dans les deux mois à dater du jugement de condamnation; faute de quoi, il dégénère en simple hypothèque, conformément à l'art. 2113 (loi précitée, art. 3).

En cas d'aliénation des immeubles, le privilége du Trésor ne peut même être utilement inscrit que jusqu'à la transcription des actes d'aliénation, peu importe que ces actes soient antérieurs ou postérieurs au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation[30]. L'inscription prise seulement après la transcription des actes d'aliénation serait inefficace, non-seulement en ce qui concerne le droit de suite, mais même quant au droit de préférence; de telle sorte que le Trésor ne pourrait, dans l'ordre ouvert pour la distribution des prix de vente, réclamer une collocation au préjudice des créanciers hypothécaires régulièrement inscrits[31].

[28] Grenier, II, 416. Troplong, I, 95 *ter*. Duranton, XIX, 236. Pont, n° 45.

[29] Code de comm., art. 587 et 592. — Lorsque les poursuites dirigées contre un commerçant tombé en faillite, ont porté tout à fois sur des faits de banqueroute simple ou frauduleuse, et sur d'autres crimes ou délits, le Trésor jouit, à l'encontre de la masse, du privilége, pour la partie des frais relative aux faits de cette dernière espèce, à supposer, d'ailleurs, qu'ils soient antérieurs à la déclaration de faillite. Paris, 4 mars 1839, Dalloz, 1839, 2, 108. Metz, 28 février 1856, Sir., 56, 2, 321. Besançon, 30 août 1856, Sir., 56, 2, 698.

[30] Avant la loi du 23 mars 1855, il pouvait y avoir doute sur la question de savoir si les immeubles aliénés par le condamné depuis le mandat d'arrêt ou depuis la condamnation restaient soumis au privilége du Trésor. Voy. Lettre du grand-juge du 9 août 1808, Sir., 8, 2, 270; Persil, sur l'art. 2098, n° 22; Troplong, I, 95; Pont, n° 48. Mais il semble que la question soit aujourd'hui sans intérêt. Si les actes d'aliénation passés par le condamné, quoique postérieurement au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation, ont été transcrits, le privilége du Trésor ne peut plus être utilement inscrit, se trouvât-on encore dans le délai de deux mois à dater du jugement de condamnation. Si, au contraire, il s'agit d'actes d'aliénation non encore transcrits, le privilége du Trésor peut toujours être inscrit, que ces actes soient postérieurs ou antérieurs au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation. Cpr. § 278.

[31] Cpr. §§ 272 et 278. Civ. rej., 12 juillet 1852, Sir., 52, 1, 529. Voy. cep. Troplong, I, 95 et 95 *bis*. L'opinion du savant auteur, qui enseigne que le Trésor, tout en perdant le droit de suite, conserve le droit de préférence, pourvu qu'il prenne inscription dans les deux mois du jugement de condamnation, très-

La faillite du condamné ne dispense pas le Trésor de prendre inscription dans le délai de deux mois[32].

f. *Privilége pour le recouvrement des contributions directes.*

La loi du 12 novembre 1808, art. 1er, a réglé ce privilége, en distinguant, pour les objets sur lesquels il porte, entre la contribution foncière et les autres contributions directes.

Le privilége relatif à la contribution foncière est spécial, et affecte les récoltes, fruits, loyers et revenus des immeubles sujets à la contribution. Il peut être exercé dans le cas même où ces immeubles ont passé dans les mains de tiers acquéreurs, et emporte ainsi un véritable droit de suite sur les fruits et revenus qui en sont grevés[33]; mais il ne frappe pas sur les immeubles mêmes des redevables[34].

Le privilége pour le recouvrement des autres contributions directes est général, et affecte tous les meubles et effets mobiliers appartenant aux redevables, en quelque lieu qu'ils se trouvent. Le Trésor ne serait cependant pas autorisé à porter son exécution sur des meubles qui auraient cessé d'appartenir au débiteur[35].

Le privilége tant de la contribution foncière que des autres contributions directes, est restreint à ce qui est dû pour l'année échue et pour l'année courante. Il s'exerce avant tout autre, et prime par conséquent les créances énoncées en l'art. 2101, à l'exception toutefois des frais faits pour la réalisation du gage et la distribution du prix en provenant, frais qui forment l'objet d'un véritable prélèvement. Il prime même les priviléges particuliers du locateur et du créancier gagiste, alors du moins qu'ils n'ont pris naissance qu'après celui du Trésor[36].

contestable sous l'empire des art. 834 et 835 du Code de procédure, ne peut plus se soutenir depuis la loi du 23 mars 1855, sur la transcription. — Il est bien entendu, du reste, que le Trésor, déchu au regard des créanciers hypothécaires de son droit de préférence sur le prix encore dû, n'en jouit pas moins, à l'encontre des simples créanciers chirographaires, de son privilége sur ce prix considéré comme valeur mobilière.

[32] Metz, 28 février 1856, Sir., 56, 2, 321. Besançon, 30 avril 1856, Sir., 56, 2, 698.

[33] Pont, nº 50. Foucart, *Droit administratif*, II, 959. Req. rej., 6 juillet 1852, Sir., 52, 1, 534.

[34] Pont, nº 51. Foucart, *op. cit.*, II, 958.

[35] Civ. cass., 17 août 1847, Sir., 48, 1, 45.

[36] Quelque rigoureuse que cette solution puisse paraître, et bien qu'elle soit contraire à la maxime *Les meubles n'ont pas de suite*, nous n'hésitons cependant pas à l'adopter. Les termes *et s'exerce avant tout autre*, dont se sert

g. Privilége pour droits et amendes en matière de timbre.

L'art. 76, al. 2, de la loi des finances du 28 avril 1816 a étendu aux droits de timbre, et aux amendes pour contraventions y relatives, le privilége établi et réglé par la loi du 12 novembre 1808 pour les contributions directes.

Observations communes à tous les priviléges du Trésor.

Aux termes du second alinéa de l'art. 2098, le Trésor ne peut obtenir de privilége au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers.

Cette disposition n'est pas une simple application du principe de la non-rétroactivité des lois. Elle prévoit et règle le concours du Trésor avec des tiers acquéreurs ou des créanciers qui, dès avant l'époque où les créances de ce dernier ont pris naissance, avaient acquis des droits de propriété ou de préférence sur les biens des redevables, et statue qu'en pareil cas, ces droits l'emportent sur le privilége du Trésor[37].

La loi du 5 septembre 1807, relative aux frais de justice criminelle, a fait une application particulière de la règle posée par le

le premier alinéa de l'art. 1er de la loi du 12 novembre 1808, nous paraissent trop précis et trop formels pour admettre des exceptions et restrictions quelconques, alors surtout qu'on les combine avec les expressions finales du nº 2 de cet article, *en quelque lieu qu'ils se trouvent*. Cpr. Troplong, I, 33, 63 et 96; Pont, nº 53. — M. Duranton (XIX, 231), tout en reconnaissant que le privilége dont il s'agit prime celui du propriétaire pour loyers ou fermages, enseigne qu'il est primé par celui du créancier gagiste, et même par celui des frais de conservation de la chose.

[37] La disposition dont il s'agit a été insérée au Code par suite d'un débat qui s'était élevé, au sein du Conseil d'État, sur l'effet du privilége du Trésor, quant aux biens des comptables; et il résulte jusqu'à l'évidence du procès-verbal de cette discussion, que ce Conseil n'a pas seulement entendu sauvegarder les droits acquis à des tiers avant la promulgation des lois nouvelles qui pourraient intervenir, mais qu'il a bien réellement voulu maintenir, au regard du Trésor, l'efficacité des priviléges acquis avant la naissance de ses créances ou droits privilégiés. C'est ainsi que le consul Cambacérès disait: « Il est nécessaire d'exprimer « cette limitation, et de dire que les priviléges du Trésor public ne pourront détruire ceux qui existeraient *antérieurement à la gestion du comptable* » (Locré, *Lég.*, XVI, p. 246, nos 19 et 20). Cpr. aussi art. 11 et 13 du projet de la section de législation. — MM. Troplong (I, 90) et Pont (nº 29) estiment au contraire que l'al. 2 de l'art. 2098 n'a eu d'autre objet que de consacrer l'inviolabilité des droits acquis à des tiers au moment de la promulgation des lois nouvelles qui devaient organiser le privilége du Trésor.

deuxième alinéa de l'art. 2098, en disposant dans son art. 4 que le privilége du Trésor ne s'exercerait sur les immeubles des condamnés, qu'après les hypothèques, légales ou autres, antérieures au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation.

On doit conclure de la même règle que le privilége des contributions directes ne peut s'exercer au préjudice du créancier nanti d'un gage dès avant l'époque à laquelle remonte ce privilége[38], ni celui des droits de mutation par décès, au préjudice des créanciers ayant à faire valoir un privilége du chef du défunt[39].

Du reste, les priviléges du Trésor ne datent pas seulement du jour où ses créances sont devenues certaines et liquides; ils remontent à la date même des faits auxquels elles se rattachent; et ils restent efficaces, malgré la déclaration de faillite du débiteur, survenue avant la constatation et la liquidation de ces créances. C'est ainsi que le privilége pour le recouvrement des frais de poursuite criminelle auxquels a été condamné un négociant failli, est efficace à l'égard des créanciers de la masse, si la condamnation a été prononcée à raison de faits antérieurs à la déclaration de faillite[40].

II. *Des priviléges établis par le Code de commerce.*

1° Les dispositions des lois maritimes auxquelles se référait l'art. 2120 du Code Napoléon, ont été reproduites ou remplacées par les art. 191, 271, 280, 307 et 308 du Code de commerce, qui établissent les priviléges suivants[41].

a. *Privilége sur les navires et autres bâtiments de mer*[42].

Les créances privilégiées sur les navires et autres bâtiments de

[38] Req. rej., 7 mai 1816, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 1, 187.

[39] Amiens, 18 novembre 1854, Sir., 55, 2, 47. Cpr. texte *b* et note 11 *supra*.

[40] Voy. note 29 *supra* et les arrêts y cités. Cependant la loi du 5 septembre 1807, concernant les frais de justice criminelle, ne fait remonter le privilége du Trésor sur les immeubles du condamné qu'au mandat d'arrêt, ou, s'il n'en a pas été décerné, qu'au jugement de condamnation. Cpr. texte lett. *c supra*.

[41] Cpr. sur cette matière: Valin, *Commentaire sur l'ordonnance de la marine*, nouv. édit., par Bécane; Paris 1834, 1 vol. in-4° ou 2 vol. in-8°. Émérigon, *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, nouv. édit. mise en rapport avec le Code de commerce et la jurisprudence, par Boulay-Paty; Rennes, 1827, 2 vol. in-4°. Pardessus, *Droit commercial*, III, 939 et suiv.

[42] Les dispositions de l'art. 191 du Code de commerce ne s'étendent pas aux barques et bâtiments servant exclusivement à l'agrément du propriétaire. Locré, *Lég.*, XVIII, p. 296, n° 2.

mer sont rangées par l'art. 191 précité en onze catégories. Le rang respectif de ces créances est fixé par l'ordre dans lequel elles sont énumérées; celles qui se trouvent comprises sous une même catégorie viennent en général en concurrence entre elles[43].

Les conditions d'exercice et les causes d'extinction des priviléges dont il est ici question sont réglées par les art. 192 à 196.

Le privilége énoncé au n° 7 de l'art. 191 garantit les prêts à simple intérêt aussi bien que les prêts à la grosse. Si, pour être admis à l'exercer, les prêteurs doivent justifier de la nécessité des emprunts, conformément au n° 5 de l'art. 192, ils ne sont pas tenus de prouver l'emploi utile de leurs deniers[44]. Lorsque, pendant le dernier voyage, plusieurs emprunts successifs ont été faits dans des lieux de relâche différents, chaque prêteur prime ceux qui l'ont précédé dans l'ordre des temps[45].

Le privilége dont s'occupe le n° 8 de l'art. 191 se perd, d'une manière absolue[46], par tout voyage[47] que le navire, même resté en la possession du débiteur, a fait en mer sans opposition de la part des créanciers auxquels compétait ce privilége.

La question de savoir si les fournisseurs et ouvriers employés à la construction d'un navire, jouissent du privilége établi par le n° 8 de l'art. 191, lorsque celui auquel ils ont fait des fournitures ou pour lequel ils ont travaillé, est un entrepreneur qui a construit pour le compte d'un tiers, doit se décider, en leur faveur ou contre eux, suivant qu'ils ont ignoré cette circonstance, ou qu'ils l'ont connue[48].

Le donneur à la grosse jouit du privilége établi par le n° 9 de l'art. 191, dans le cas même où le voyage ayant été rompu par force majeure ou par le fait de l'armateur, il n'y a pas eu commen-

[43] Voy. cep. texte et note 45 *infra*.

[44] Pardessus, III, 947. Boulay-Paty, I, p. 119.

[45] Arg. art. 323. Le prêteur qui a fourni des deniers en dernier lieu *salvam fecit causam totius pignoris*. Pardessus, III, 954. Boulay-Paty, I, p. 118.

[46] C'est-à-dire qu'il ne peut plus être opposé aux créanciers même simplement chirographaires. Aix, 17 juillet 1828, Sir., 29, 2, 62.

[47] Ici ne s'appliquent pas les art. 193 et 194, qui ne sont relatifs qu'au droit de suite. Caen, 12 août 1861, Sir., 63, 2, 49.

[48] *Nec obstat* art. 1798. Pardessus, III, 943. Boulay-Paty, I, p. 129. Pont, n° 97. Caen, 21 mars 1827, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 2, 348. Req. rej., 30 juin 1829, *ibid.* IX, 1, 320. Voy. cep. : Persil, *Quest.*, ch. IV, § 4; Dageville, *Commentaire du Code de comm.*, II, p. 683; Rennes, 7 mai 1818, Dev. et Car., *coll. nouv.*, V, 2, 380. Rouen, 31 mai 1826, *ibid.* VIII, 2, 239

cement de risque maritime[49]. Il en serait cependant autrement, si le contrat à la grosse avait été résolu de commun accord par les parties.

Le privilége dont il vient d'être question s'étend à l'intérêt simple dû pour les sommes prêtées à la grosse, depuis l'expiration des risques jusqu'au remboursement[50].

Par exception à la règle que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, l'art. 190 du Code de commerce attache un droit de suite aux priviléges sur les navires et autres bâtiments de mer. Ce droit de suite s'éteint, au profit de l'acquéreur, par les causes indiquées en l'art. 193. Cpr. art. 194 à 196.

b. *Privilége sur le fret.*

L'art. 271 du Code de commerce, qui forme, en ce qui concerne le privilége dont jouissent les loyers des matelots, le complément du n° 6 de l'art. 191, affecte à ce privilége le fret aussi bien que le navire.

Le privilége sur le fret ne portant pas directement sur les marchandises du chargement, ne peut être exercé sur le prix de ces marchandises que sous les conditions déterminées par l'art. 307[51].

c. *Privilége sur le chargement.*

L'art. 307 du Code de commerce accorde au capitaine, pour le paiement du fret, un privilége sur les marchandises de son chargement, mais seulement pendant la quinzaine qui suit leur délivrance. Encore ce privilége serait-il éteint avant l'expiration de ce délai, si le capitaine s'étant dessaisi des marchandises qui y sont affectées, elles avaient passé en mains tierces[52].

Ce privilége l'emporte sur tous autres, même sur ceux du vendeur non payé, et du Trésor pour les droits de douane[53].

d. *Privilége portant tout à la fois sur le navire, sur le fret et sur le chargement.*

Le navire, les agrès et apparaux, le fret et les marchandises chargées, sont respectivement affectés à l'exécution des engage-

[49] Caen, 28 février 1844, Sir., 44, 2, 295.

[50] Civ. rej., 20 février 1844, Sir., 44, 1, 197.

[51] Civ. rej., 20 mai 1857, Sir., 59, 1, 170. Cpr. Civ. rej., 9 juin 1845, Sir., 46, 1, 53.

[52] Cpr. Civ. rej. 9 juin 1845, Sir., 46, 1, 53.

[53] Pardessus, III, 961; Pont, n° 104.

ments résultant de la charte-partie. Art. 280 du Code de commerce.

Ce privilége est primé par celui des matelots pour leurs loyers. Le fret ne peut, en ce qui les concerne, être absorbé ni diminué par l'effet de clauses particulières insérées dans la charte partie[54].

2° A côté des priviléges qui viennent d'être énumérés, et qui sont particuliers au Droit maritime, le Code de commerce établit encore deux autres priviléges relatifs au commerce en général.

a. *Privilége du commissionnaire.*

Les art. 93, 94 et 95 du Code de commerce, relatifs au privilége du commissionnaire, ont été notablement modifiés par la loi du 23 mai 1863, qui a réuni, dans le nouvel art. 95 de ce Code, les dispositions spéciales à la matière.

Aux termes du premier alinéa de cet article, tout commissionnaire a privilége sur la valeur des marchandises à lui expédiées, déposées, ou consignées, et ce par le fait seul de l'expédition, du dépôt, ou de la consignation, pour tous les prêts, avances, ou paiements faits par lui, soit avant la réception des marchandises, soit pendant le temps qu'elles sont en sa possession.

Il résulte de cette disposition :

α Qu'à la différence de ce qui avait lieu sous l'empire de l'ancien art. 95, le privlége du commissionnaire n'est plus subordonné à la condition que les marchandises aient été expédiées d'une autre place, ou qu'elles aient été déposées ou consignées par un individu résidant dans un autre lieu que le commissionnaire.

β Que le privilége peut être réclamé, non-seulement pour les avances concernant spécialement les marchandises qui y sont affectées, mais indistinctement pour toutes les sommes ou valeurs fournies sous une forme quelconque, soit au propriétaire des marchandises lui-même, soit à des tiers à sa décharge, et notamment pour les mandats acquittés, les crédits ouverts, les achats faits au compte du propriétaire, et les paiements effectués à son acquit[55].

[54] Pardessus, III, 960. Pont, n° 100.

[55] C'est ce que la doctrine et la jurisprudence avaient déjà admis sous l'empire des anciennes dispositions du Code de commerce. Voy. Troplong, *Du nantissement*, nos 207 et suiv.; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 391; Civ. cass., 22 juillet 1817, Sir., 18, 1, 46; Req. rej., 8 juin 1829, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IX, 1, 306; Civ. cass., 23 juin 1830, Sir., 30, 1, 254; Civ. cass., 29 avril 1833, Sir., 33, 1, 431; Rouen, 29 november 1838, Sir., 39, 2, 33. — Lorsque, sur des envois successifs de marchandises, il a été fait

γ Que le privilége garantit non-seulement les avances faites par le commissionnaire depuis la réception, soit des marchandises elles-mêmes, soit du connaissement ou de la lettre de voiture qui en constate l'expédition, mais même celles qui auraient eu lieu antérieurement à cette époque, en vue d'une consignation qui ne s'est réalisée qu'ultérieurement[56].

Le privilége dont s'agit, garantit tout aussi bien les intérêts, commissions et frais dus au commissionnaire, que le principal de ses avances. Art. 95, al. 3.

Ce privilége n'est pas exclusivement accordé au commerçant, exerçant habituellement la profession de commissionnaire; il appartient à tout consignataire ou dépositaire, même non commerçant, qui a fait des avances sur des marchandises à lui expédiées, consignées, ou déposées, peu importe d'ailleurs qu'il ait reçu mandat de vendre ces marchandises, ou que le propriétaire se soit réservé de les vendre lui-même, ou de les faire vendre par un tiers[57].

Mais l'existence du privilége est subordonnée, à la condition que les marchandises sur lesquelles il doit s'exercer aient été mises et soient restées en la possession du commissionnaire, ou d'un tiers convenu entre les parties. Le commissionnaire est reputé avoir les des avances successives par le commissionnaire, toutes ces avances sont, à moins de convention contraire, garanties par l'ensemble des marchandises dont le commissionnaire se trouve nanti. Civ. rej., 14 mars 1855, Sir., 55, 1, 177.

[56] La question était autrefois controversée. Voy. dans le sens de la solution consacrée par la loi du 23 mai 1863 : Delamarre et Lepoitvin, *op. cit.*, II, 392 et suiv.; Troplong, *op. cit.*, nos 219 et suiv.; Civ. rej., 23 avril 1816, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, X, 1, 180; Bordeaux, 28 janvier 1839, Rennes, 12 juin 1840, et Dijon, 10 avril 1844, Sir., 49, 2, 1, à la note; Paris, 18 novembre 1848, Sir., 49, 2, 1. Voy. en sens contraire : Aix, 11 janvier 1831, Sir., 31, 2, 149; Nîmes, 7 juin 1843, Sir., 49, 2, 1, à la note; Douai, 29 novembre 1843, Sir., 44, 2, 145; Civ. cass., 18 mai 1845, Sir., 45, 1, 258; Civ. rej., 4 décembre 1848, Sir., 49, 1, 5; Civ. cass., 12 février et 13 novembre 1850, Sir., 50, 1, 246 et 769.

[57] Toute personne qui fait des avances sur des marchandises qu'elle est chargée de vendre ou de conserver en consignation, fait acte de commission; et d'un autre côté, le nouvel art. 95, pas plus que l'ancien art. 93, ne subordonne le privilége du commissionnaire à la condition qu'il ait reçu mandat de vendre. Pardessus, *Droit commercial*, IV, 1203. Troplong, *op. cit.*, nos 158 et suiv. Delamarre et Lepoitvin, *op. cit.*, II, 399 et 406. Civ. rej., 23 avril 1816, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 1, 180. Aix, 23 août 1831, Sir., 32, 2, 162. Rouen, 29 novembre 1838, Sir., 39, 2, 33. Nancy, 14 décembre 1838, Sir., 39, 2, 239. Civ. cass., 6 mai 1845, Sir., 45, 4, 503. Bordeaux, 28 janvier 1846, Sir., 46, 2, 213.

marchandises en sa possession, lorsqu'elles sont à sa disposition, dans ses magasins ou navires, à la douane ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il en a été saisi par un connaissement ou par une lettre de voiture. Art. 95, al. 2, et 92.

Le mode d'exercice du privilége du commissionnaire est réglé, suivant les cas, soit par le dernier alinéa de l'art. 95, soit par l'art. 93.

La faillite du propriétaire des marchandises reste sans influence sur le privilége du commissionnaire, même quant aux avances qu'il n'aurait faites que depuis l'époque fixée pour l'ouverture de la faillite, ou dans les dix jours qui l'ont précédée[58].

b. *Privilége des ouvriers et des commis.*

L'art. 549 du Code de commerce a attaché aux salaires des ouvriers employés directement par le failli et à ceux des commis, un privilége analogue à celui que l'art. 2101, n° 4, accorde aux salaires des gens de service[59].

III. *Des priviléges établis par différentes lois spéciales.*

a. *Privilége du second ordre sur le cautionnement des fonctionnaires publics.*

Le bailleur de fonds destinés à former, en tout ou en partie, le cautionnement d'un fonctionnaire public peut, en remplissant les formalités prescrites à cet effet, s'assurer sur ce cautionnement un privilége appelé *de second ordre*, parce qu'il s'exerce immédiatement après le privilége établi par le n° 7 de l'art. 2102[60].

Le privilége de second ordre n'étant accordé qu'aux bailleurs des fonds avec lesquels le cautionnement a été fait, il ne dépend pas de la volonté du titulaire de conférer, à tel ou tel de ses créanciers, un pareil privilége sur un cautionnement qu'il aurait lui-même

[58] Troplong, *op. cit.*, n° 260. Rennes, 13 juin 1818, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 391. Douai, 29 novembre 1843, Sir., 44, 2, 145. Rouen, 7 juillet 1853, Sir., 54, 2, 387.

[59] Voy. sur ce privilége : § 260, texte et note 22.

[60] Ce privilége est établi et réglé par les lois et décrets suivants : Lois du 25 nivôse et du 6 ventôse an XIII ; décrets du 28 août 1808 et du 22 décembre 1812. Voy. aussi l'ordonnance du 8 mai 1816, qui a transféré au Trésor l'administration des fonds de cautionnement, primitivement attribuée à la caisse des consignations.

fourni[61], ou dont il aurait, au moyen de ses propres deniers, remboursé les fonds au bailleur originaire[62].

Le privilége du second ordre n'existe que sous la condition d'une déclaration notariée, donnée au bailleur de fonds par le titulaire du cautionnement. Mais il n'est pas nécessaire que cette déclaration précède ou accompagne le versement au Trésor des fonds du cautionnement; elle peut être utilement faite à une époque postérieure[63]. Du reste, la déclaration dont il s'agit, quoique dite *de propriété*, n'a d'autre effet que d'assurer le privilége du second ordre au bailleur de fonds, qui ne reste pas propriétaire des deniers par lui versés; d'où la conséquence que les créanciers, même simplement chirographaires, du titulaire du cautionnement sont admis à y former opposition, et qu'il doit, en pareil cas, être procédé à une distribution par contribution en la forme ordinaire[64].

Pour pouvoir être opposé aux autres créanciers, le privilége du second ordre doit en outre être inscrit au Trésor; et c'est à partir seulement de son inscription qu'il devient efficace à leur égard. Il en résulte qu'il ne peut être exercé au détriment des créanciers qui, antérieurement à l'accomplissement de cette formalité, ont formé opposition sur les fonds du cautionnement[65], et que, d'un autre côté, l'inscription serait tardive, si elle n'avait été faite qu'après le jugement déclaratif de la faillite du titulaire du cautionnement[66].

Bien que les lois qui ont établi le privilége dont s'agit, ne s'occupent spécialement que des cautionnements des fonctionnaires publics, il semble que ce privilége doive être également accordé à ceux qui ont fourni les fonds de cautionnements déposés par des fournisseurs ou entrepreneurs de l'État[67].

b. *Privilége des ouvriers et fournisseurs pour travaux de l'État.*

Un décret du 26 pluviôse an II confère, par ses art. 3 et 4, aux ouvriers et fournisseurs pour travaux de l'État, un privilége sur les sommes dues aux entrepreneurs.

[61] Paris, 11 juin 1836, Sir., 36, 2, 395. Req. rej., 30 mai 1838, Sir., 38, 1, 753.

[62] Paris, 4 mars 1834, Sir., 34, 2, 209. Bourges, 8 mars 1844, Sir., 45, 2, 491.

[63] Civ. rej., 18 avril 1855, Sir., 55, 1, 813. Bordeaux, 21 juillet 1862, Sir., 63, 2, 20.

[64] Civ. rej., 17 juillet 1849, Sir., 50, 1, 529. Voy. en sens contraire : Rouen, 15 avril 1806, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 2, 132; Paris, 24 avril 1834, Sir., 34, 2, 218.

[65] Civ. rej., 19 juillet 1842, Sir., 42, 1, 584.

[66] Civ. rej., 4 décembre 1848, Sir., 49, 1, 5.

[67] C'est ce qui a été implicitement jugé par l'arrêt cité à la note précédente.

Ce privilége a lieu, alors même que l'entreprise a pour objet une œuvre d'art[68]. Il n'affecte que les sommes dues à l'entrepreneur pour les travaux qu'il a exécutés, et ne s'étend pas aux fonds de son cautionnement[69].

Le privilége dont s'agit est spécial aux travaux entrepris pour le compte de l'État. Il ne s'applique, ni aux travaux exécutés pour le compte de la liste civile[70], ni à ceux des communes[71] ou des départements[72], à moins que l'État ne doive contribuer pour une part aliquote à la dépense de pareils travaux[73]. A plus forte raison n'est-il pas applicable aux travaux de chemins de fer exécutés par des compagnies à leurs propres frais, et ce dans le cas même où l'État aurait garanti à ces compagnies un minimum d'intérêts jusqu'à concurrence d'une certaine somme[74].

L'art. 550 du Code de commerce n'a point aboli, pour le cas de faillite de l'entrepreneur, le privilége des fournisseurs de matériaux employés à des travaux de l'État[75].

[68] Req. rej., 20 août 1862, Sir., 63, 1, 386.

[69] On ne peut invoquer, en faveur de l'opinion contraire, le décret du 12 décembre 1806, qui est spécial aux fournitures pour le service de la guerre. Bordeaux, 21 novembre 1848, Sir., 49, 2, 270. Req. rej., 31 juillet 1849, Sir., 49, 1, 747. Voy. cependant : Angers, 20 décembre 1850, Sir., 51, 2, 172.

[70] Civ. cass., 17 décembre 1860, Sir., 61, 1, 282. Amiens, 3 juillet 1862, Sir., 63, 2, 84.

[71] Serrigny, *Revue critique*, 1859, XIV, p. 265. Pont, nº 56. Req. rej., 12 décembre 1831, Sir., 32, 1, 275. Lyon, 21 janvier 1846, Sir., 46, 2, 262. Req. rej., 18 janvier 1854, Sir., 54, 1, 441. Poitiers, 9 mars 1859, Sir., 59, 2, 284. — Les travaux d'établissement ou d'entretien de chemins vicinaux de grande communication doivent, sous le rapport dont il s'agit, être rangés dans la classe des travaux communaux. Caen, 20 juin 1859, Sir., 60, 2, 51.

[72] Bordeaux, 30 novembre 1858, Sir., 59, 2, 317. Req. rej., 9 août 1859, Sir., 60, 1, 558. Voy. en sens contraire : Pont, nº 56 ; Angers, 31 mars 1852, Sir., 52, 2, 219. On dit à l'appui de cette dernière opinion qu'à la date du décret de pluviôse an II, les départements n'avaient pas encore d'existence comme personnes morales, ni d'organisation financière distincte de celle de l'État, et que les travaux qui aujourd'hui sont à la charge des départements, s'exécutaient alors pour le compte de l'État, d'où l'on conclut que le décret précité doit continuer à s'y appliquer. Mais cette conclusion ne nous paraît pas juridique.

[73] Paris, 27 août 1853, Sir., 53, 2, 647, Paris, 30 juillet 1857, Sir., 58, 2, 200. Req. rej., 30 août 1862, Sir., 63, 2, 286. — Mais une simple subvention accordée par l'État ne saurait faire considérer comme exécutés pour son compte des travaux entrepris par une commune ou par un département. Civ. rej., 12 août 1862, Sir., 62, 1, 958.

[74] Hérisson, *Revue pratique*, 1860, X, p. 565. Poitiers, 9 mars 1859, Sir., 59, 2, 284. Req. rej., 16 juillet 1860, Sir., 60, 1, 896.

[75] Civ. cass., 21 juillet 1847, Sir., 48, 1, 341.

c. *Privilége des sous-traitants pour fournitures faites au service de la guerre.*

Le décret du 12 décembre 1806, dit de *Posen*, combiné avec celui du 13 juin précédent, reconnait implicitement, aux sous-traitants de cette catégorie, un privilége sur les sommes dues aux traitants par l'État.

Ce privilége est spécial aux fournitures destinées au service de la guerre ou de la marine, et ne saurait être étendu à celles qui ont eu lieu pour le compte d'autres administrations publiques ou régies[76]. Mais il s'applique aux fournitures faites pour un établissement militaire, tel que l'hôtel des Invalides, aussi bien qu'aux fournitures faites pour le service de l'armée active[77].

Il n'est pas restreint aux sommes représentatives des fournitures effectuées par le sous-traitant, mais frappe toutes les sommes dues aux traitants par l'État, même à titre d'indemnité, ou à raison d'une entreprise autre que celle à laquelle le sous-traitant a pris part[78]. Il s'étend également aux fonds du cautionnement fourni par le traitant[79], et prime à cet égard le privilége de second ordre du bailleur de fonds[80].

L'existence du privilége des sous-traitants n'est pas subordonnée à la condition du dépôt, fait directement entre les mains de l'intendant militaire, des pièces justificatives de leurs fournitures[81].

Le privilége dont il s'agit, ne peut être invoqué par ceux qui, sans être eux-mêmes sous-traitants, ont simplement fait des livraisons pour le compte d'un sous-traitant[82].

[76] Req. rej., 18 mai 1831, Sir., 31, 1, 221.

[77] Paris, 26 mai 1826, Sir., 28, 2, 45.

[78] Req. rej., 10 mars 1818, Sir., 18, 1, 218. Paris, 26 mai 1826, Sir., 28, 2, 45. Req. rej., 20 février 1828, Sir., 28, 1, 308.

[79] Arg. art. 2 du décret du 12 décembre 1806. Cpr. les autorités citées à la note 69 *supra*.

[80] Angers, 23 janvier 1850, Dalloz, 1850, 2, 86.

[81] Il résulte des termes mêmes de l'art. 1er du décret du 12 décembre 1806, comme de son esprit, que la remise directe, entre les mains du commissaire ordonnateur, aujourd'hui de l'intendant militaire, des pièces justificatives, est simplement facultative pour les sous-traitants. Civ. cass., 12 mars 1822, Dev. et Car., *Coll. nouv*, VII, 1, 38.

[82] Metz, 2 juillet 1817, et Req. rej., 3 janvier 1822, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 302, et VII, 1, 3.

d. *Privilége de l'État ou des concessionnaires pour desséchement de marais.*

Les indemnités dues à l'État ou aux concessionnaires, à raison de la plus-value résultant d'un desséchement de marais, sont privilégiées sur cette plus-value, mais à la charge de la transcription aux bureaux respectifs des hypothèques, du décret qui ordonne le desséchement au compte de l'État, ou de l'acte de concession.

Au moyen de cette transcription, les hypothèques antérieures au desséchement sont restreintes sur une portion de propriété égale en valeur au montant de la première estimation des terrains desséchés[83]. Loi du 16 septembre 1807, art. 23.

L'État ou le concessionnaire qui a fait opérer la transcription dont il vient d'être parlé, n'est pas tenu, pour conserver son privilége, de prendre, avant l'expiration de dix ans, des inscriptions en renouvellement[84].

e. *Privilége des bailleurs de fonds pour l'établissement d'une mine.*

Aux termes de l'art. 20 de la loi du 21 avril 1810, ceux qui ont fourni des fonds pour les recherches d'une mine, ou pour les travaux de construction de machines nécessaires à son exploitation, jouissent, sur la mine, du privilége établi par le n° 5 de l'art. 2103, à la charge de se conformer aux prescriptions de cet article[85].

f. *Privilége en matière de drainage.*

La loi du 17 juillet 1856 accorde à l'État, pour le remboursement des prêts destinés à faciliter les opérations de drainage, un

[83] Cpr. sur ce privilége : Req. rej., 4 août 1852, Sir., 52, 1, 806.

[84] *Nec obstat* art. 2154. La disposition spéciale de l'art. 23 de la loi du 16 septembre 1807 règle, d'une manière complète, les conditions de conservation du privilége dont il s'agit. La transcription qu'il prescrit est collective, et se fait sans aucune désignation des propriétaires intéressés. Le conservateur des hypothèques qui l'opère, n'a pas à prendre des inscriptions d'office, et par cela même l'art. 2154 y est inapplicable. Civ. cass., 28 mars 1854, Sir., 54, 1, 334.

[85] L'art. 20 de la loi du 21 avril 1810 portant « qu'une mine concédée *pourra* « être affectée par privilége, etc., » ne doit pas être entendu dans le sens de la nécessité d'une convention constitutive du privilége. Il signifie simplement, ainsi que cela résulte de sa combinaison avec l'art. 19, qu'une mine concédée est susceptible de faire l'objet d'un privilége immobilier, comme d'une affectation hypothécaire; et que, d'un autre côté, le privilége dont il s'agit dans cet article n'existe que sous les conditions qui y sont indiquées. Pont, n° 58.

double privilége, sur les récoltes et revenus des terrains drainés, et sur ces terrains eux-mêmes.

Le privilége immobilier sur les terrains drainés garantit le remboursement de toutes les annuités indistinctement des prêts faits par l'État, et prend rang avant tout autre, jusqu'à concurrence de la mieux-value résultant du drainage. Art. 3, al. 2 cbn., art. 5 et art. 6, al. 4.

Le privilége mobilier sur les récoltes ou revenus ne s'applique qu'à l'annuité échue et à l'annuité courante des prêts; il prend rang immédiatement après le privilége des contributions publiques, mais ne peut toutefois s'exercer qu'après paiement des sommes dues pour semences et pour frais de la récolte de l'année. Art. 3, al. 1.

Le privilége sur les terrains drainés est également accordé: 1° aux syndicats pour le recouvrement de la taxe d'entretien et des avances faites par eux; 2° aux prêteurs pour le remboursement des prêts faits à des syndicats; 3° aux entrepreneurs pour le montant des travaux de drainage par eux exécutés; 4° à ceux qui ont prêté des deniers pour payer ou rembourser les entrepreneurs. Art. 4, al. 1.

Les syndicats ont de plus, pour la taxe d'entretien de l'année échue et de l'année courante, privilége sur les récoltes ou revenus des terrains drainés. Art. 4, al. 2.

Les immeubles compris dans le périmètre d'un syndicat ne sont point affectés indivisément au paiement de la dette commune: le privilége ne les frappe chacun que pour sa part dans cette dette. Art. 4, al. 3.

Les art. 6, 7 et 8 de la loi du 17 juillet 1856 déterminent les conditions d'acquisition et de conservation des priviléges qu'elle établit.

g. *Privilége de la ville de Paris pour crédit accordé aux bouchers.*

D'après l'art. 31 du décret du 6 février 1811, et l'art. 4 de celui du 15 mai 1813, relatif au commerce de la boucherie dans le département de la Seine, la ville de Paris a privilége, pour le montant du crédit accordé aux bouchers, sur leur cautionnement, sur la valeur estimative de leurs étaux, et sur ce qui leur est dû par des tiers pour fournitures de viande, de peaux, ou de suifs.

h. *Privilége des facteurs de la halle aux farines de Paris.*

Un décret du 27 février 1811 confère aux facteurs de la halle aux farines, créanciers pour farines livrées sur le carreau de la

halle, à un boulanger qui depuis est tombé en faillite, ou s'est retiré sans permission, un privilége sur le produit des quinze sacs formant son dépôt de garantie. Ce privilége passe avant toutes autres créances.

CHAPITRE III.

Des différentes espèces d'hypothèques.

A. *Des hypothèques légales.*

§ 264.

Généralités.

La loi garantit d'une manière particulière certains droits ou créances, au moyen d'une hypothèque qu'elle y attache de plein droit, c'est-à-dire indépendamment de toute manifestation de volonté, soit du créancier, soit du débiteur.

A la différence des priviléges qui sont, en général, fondés sur la faveur due à certaines créances considérées en elles-mêmes, c'est-à-dire dans leur cause ou leur objet, sans égard à la condition personnelle des créanciers, les hypothèques légales sont établies au profit de certaines classes de personnes, et en considération de leur condition juridique, ou de la nature de leurs rapports avec ceux sur les biens desquels portent ces hypothèques.

Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont (art. 2121) :

Ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leurs tuteurs ;

Ceux des femmes mariées, sur les biens de leurs maris;

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

L'hypothèque légale, destinée à protéger, d'une manière spéciale, les intérêts de certaines classes de personnes, est essentiellement une création de la loi civile ; et, à ce titre, le bénéfice en est subordonné à la condition de la jouissance des droits civils en France. Ainsi, le mineur et l'interdit étrangers n'ont pas, en général, d'hypothèque légale sur les biens de leurs tuteurs situés en France, peu importe que le tuteur soit lui-même Français ou étranger, et que la tutelle ait été déférée en France ou à l'étranger [1]. La femme étrangère n'a pas davantage d'hypothèque légale sur les biens de

[1] Voy. sur ce point : § 78, notes 63 et 64.

son mari situés en France, peu importe qu'elle soit d'origine étrangère ou française, et que le mariage ait été célébré à l'étranger ou en France[2]. A plus forte raison, une commune ou un établissement public étrangers ne pourraient-ils réclamer d'hypothèque légale sur les biens de leurs comptables situés en France.

Les hypothèques légales établies par l'art. 2121 sont générales de leur nature. Elles frappent non-seulement les immeubles que le tuteur, le mari, ou le comptable possédaient déjà au moment de la délation de la tutelle, de la célébration du mariage, ou de l'entrée en fonctions, mais encore ceux qu'ils acquièrent ou qui leur adviennent, à un titre quelconque, dans le cours de la tutelle, du mariage, ou des fonctions. Elles s'étendent même aux immeubles qui leur sont advenus depuis la cessation de la tutelle, la dissolution du mariage, et la démission ou la révocation du comptable[3].

En cas d'échange, l'immeuble reçu par le tuteur, le mari, ou le comptable, passe sous l'affectation de l'hypothèque légale, sans

[2] Cpr. § 78, notes 60 et 61. Notre opinion sur ce point a été depuis consacrée par la Cour de cassation et par la Cour d'Amiens. Civ. cass., 20 mai 1862, Sir., 62, 1, 673. Amiens, 23 avril 1863, Sir., 63, 2, 124. — Les femmes suisses ont hypothèque sur les biens de leurs maris situés en France, quand la législation du canton auquel elles appartiennent, accorde l'hypothèque légale aux femmes françaises sur les biens situés dans ce canton. *Traité du 30 mars 1827*, art. 1 et 3. Il en est spécialement ainsi dans le canton de Genève. Paris, 19 août 1851, Sir., 53, 2, 117. — La Cour de Grenoble (29 mars et 27 août 1855, Sir., 56, 2, 485 et 489) admet, en vertu du traité du 4 mars 1760, les femmes sardes à exercer l'hypothèque légale sur les biens de leurs maris situés en France. Mais l'interprétation qu'elle donne à ce traité paraît contestable.

[3] On a voulu soutenir le contraire, sous le prétexte que l'art. 2121 ne soumet à l'hypothèque que les biens du tuteur, du mari, ou du comptable, et que l'on ne saurait considérer comme tels les immeubles acquis par le tuteur, le mari, ou le comptable, à une époque où ils avaient déjà, et peut-être depuis longtemps, perdu la qualité à raison de laquelle leurs biens étaient soumis à l'hypothèque légale. Mais cette argumentation, évidemment contraire à l'esprit de la loi, ne pouvait prévaloir sur la disposition claire et formelle de l'art. 2122. De Frémineville, *De la minorité*, II, 1148. Cubain, *Traité des droits des femmes*, nº 527. Demolombe, VIII, 38 à 32. Pont, nº 509. Req. rej., 17 juillet 1844, Sir., 44, 1, 641. Lyon, 23 novembre 1850, Sir., 51, 2, 87. — M. Duranton (XIX, 327), tout en admettant la proposition énoncée au texte, estime cependant que l'hypothèque du mineur, ou de la femme mariée, n'est efficace, en ce qui concerne les biens acquis depuis la cessation de la tutelle, ou la dissolution du mariage, qu'à la condition d'une inscription. Voy. à cet égard : § 269.

que pour cela l'immeuble livré en échange soit affranchi de cette affectation[4].

Mais il est bien entendu qu'après le décès du tuteur, du mari, ou du comptable, l'hypothèque légale qui grève leurs biens, ne s'étend point aux immeubles personnels de leurs héritiers[5].

Les immeubles acquis par le tuteur, le mari, ou le comptable sont frappés de l'hypothèque légale dès le moment de leur acquisition, dans le cas même où celle-ci résulte d'un titre sujet à transcription. Toutefois, dans ce cas, l'hypothèque ne s'établit que sous la réserve des droits qui, dans l'intervalle de la passation à la transcription de ce titre, ont pu être acquis par des tiers, du chef du précédent propriétaire[6].

Quant aux immeubles aliénés, soit par le mari avant la célébration du mariage, soit par le tuteur avant la délation de la tutelle, soit par le comptable avant son entrée en fonctions, ils n'en tombent pas moins, d'après la loi du 23 mars 1855, sous le coup de l'hypothèque légale, lorsque les actes d'aliénation n'ont été transcrits qu'après l'événement qui avait donné naissance à cette hypothèque[7].

Les immeubles qui, après avoir été aliénés sous une condition résolutoire, avant l'époque où l'hypothèque légale a pris naissance, rentrent par l'effet de cette condition dans les mains du mari, du tuteur, ou du comptable, sont à considérer comme ayant été soumis à l'hypothèque légale du jour de la célébration du mariage, de la délation de la tutelle, ou de l'entrée en fonctions du comptable. Il en est ainsi notamment d'immeubles aliénés sous faculté de réméré, à supposer que le réméré soit exercé par le mari, le tuteur, ou le comptable. Que si la faculté de réméré était exercée par un tiers à qui elle aurait été cédée, même postérieurement à l'époque à laquelle remonte l'hypothèque légale, celle-ci n'atteindrait pas les biens qui forment l'objet du retrait[8].

[4] Troplong, II, 434 *bis*. Pont, nº 515. Req. rej., 9 novembre 1815, Sir., 16, 1, 151. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 106.

[5] Voy. § 617, texte nº 2 et note 7. Valette, nº 133. Demolombe, VIII, 33. Cpr. Agen, 15 janvier 1825, Sir., 26, 2, 129.

[6] Cpr. § 209, texte lett. *C*

[7] Cpr. également § 209, texte lett. *C*.

[8] En effet, l'hypothèque légale n'a pu s'imprimer sur le droit ou l'action de réméré : et comme, par l'effet de l'aliénation, quoique faite sous faculté de retrait, les biens étaient sortis du patrimoine du débiteur dès avant la naissance de l'hypothèque légale, il est évident que cette hypothèque ne pourrait les

L'hypothèque légale des mineurs, des interdits et des femmes mariées peut, au moment où elle va prendre naissance, être réduite conventionnellement à certains immeubles déterminés. Elle est de plus susceptible d'être réduite judiciairement, lorsqu'elle s'est trouvée établie dans toute sa généralité[9]. Ce dernier mode de réduction s'applique également à l'hypothèque légale de l'État, des communes et des établissements publics.

D'un autre côté, l'hypothèque légale de la femme d'un commerçant se trouve, au cas de faillite de son mari, restreinte, dans l'intérêt des créanciers de la masse, à certains immeubles[10].

L'hypothèque légale des mineurs, des interdits et des femmes mariées jouit d'une faveur tout exceptionnelle, en ce que son efficacité à l'égard des tiers n'est pas, en général, subordonnée à la formalité de l'inscription. Celle de l'État, des communes et établissements publics reste au contraire soumise sous ce rapport aux règles du Droit commun.

A côté des hypothèques légales établies par l'art. 2121, se place encore l'hypothèque que l'art. 490 du Code de commerce, combiné avec l'art. 517 du même Code, accorde aux créanciers d'un commerçant failli, en l'attachant au fait même de la déclaration de faillite[11].

atteindre qu'autant qu'ils seraient plus tard rentrés dans le patrimoine du débiteur. Troplong, II, 434 *bis*. Pont, nº 516. Cpr. Req. rej., 21 décembre 1825, Sir., 26, 1, 275.

[9] Art. 2140 à 2145. Cpr. § 282.

[10] Code de comm., art. 563. Voy. § 264 *ter*.

[11] Sous l'ancien Code de commerce, on admettait généralement que l'inscription prise en vertu de l'art. 500 de ce Code n'avait d'autre but que de donner plus de publicité à la faillite, et ne conférait directement et par elle-même aucun droit d'hypothèque aux créanciers de la masse. Cette opinion se fondait sur l'art. 524 du même Code, dont on prétendait inférer que le droit hypothécaire des créanciers de la faillite ne se réalisait définitivement que par l'effet du jugement d'homologation du concordat, et avait pour unique objet de garantir l'exécution de cet acte. Voy. Locré, *Esprit du Code de commerce*, sur l'art. 500; Grenier, I, 127; Troplong, III, 655 *bis;* Bourges, 20 août 1832, Sir., 33, 2, 641; Nîmes, 27 janvier 1840, Sir., 40, 2, 368; Req. rej., 22 juin 1841, Sir., 41, 1, 723; Caen, 29 février 1844, Sir., 44, 2, 299. Mais cette opinion, très-contestable d'après la législation sous l'empire de laquelle elle s'était produite, nous paraît avoir été définitivement condamnée par la loi du 25 mai 1838 sur les faillites. Le nouvel art. 517 du Code de commerce, qui a remplacé l'ancien art. 524, porte en effet « l'homologation *conservera* à chacun des créanciers sur les im- « meubles du failli l'*hypothèque inscrite* en vertu du 3e § de l'art. 490, » et prouve ainsi jusqu'à l'évidence que le droit hypothécaire des créanciers du failli

Cette hypothèque légale[12], importante sous plus d'un rapport[13], diffère essentiellement de celles dont il est parlé en l'art 2121. D'une part, en effet, elle est restreinte aux immeubles que le failli possède au moment du jugement déclaratif de faillite, et à ceux qui lui adviendront tant que durera l'état de faillite[14]. D'autre part,

ne date pas seulement de l'homologation du concordat, mais prend naissance à partir du jugement déclaratif de la faillite, et devient efficace, à l'égard des tiers, à compter de l'inscription prise en vertu de ce jugement. Voy. en ce sens : Renouard, *Des faillites*, I, p. 497; Esnault, *Des faillites*, II, 350; Lainé, *Des faillites*, p. 163; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, IV, 1752; Req. rej., 29 décembre 1858, Sir., 59, 1, 209; Paris, 24 avril 1861, Sir., 61, 2, 440; Besançon, 16 avril 1862, Sir., 62, 2, 283; Dijon, 5 août 1862, Sir., 62, 2, 544. Voy. cependant en sens contraire : Pardessus, *Droit commercial*, V, 1168 et 1248; Bedarride, *Des faillites*, I, 416; Paris, 22 juin 1850, Sir., 51, 2, 542. Cpr. aussi Bravard et Demangeat, *Traité de Droit commercial*, V, p. 309 et 310, texte et notes.

[12] Sous l'ancien Code de commerce, et dans le système indiqué au commencement de la note précédente, l'hypothèque conférée en vertu du jugement d'homologation du concordat, avait plutôt le caractère d'une hypothèque judiciaire que d'une hypothèque légale. Mais il en est autrement de l'hypothèque que le nouvel art. 490 attache au fait même de la faillite, puisque le jugement qui la déclare, ne prononçant pas de condamnation et ne formant titre pour aucun des créanciers, ne saurait engendrer d'hypothèque judiciaire. Bravard et Demangeat, *op. cit.*, V, p. 309. Voy. cependant Valette, *Revue de Droit français et étranger*, 1849, VI, p. 979, note 2; Dijon, 5 août 1862, Sir., 62, 2, 544.

[13] Cette hypothèque n'a pas seulement pour objet de garantir l'exécution du concordat. Elle a encore pour effet : 1° De rendre inefficaces, au regard des créanciers de la masse, les inscriptions qui, postérieurement à celle que les syndics ont requise en vertu de l'art. 490, auraient été prises du chef de précédents propriétaires sur les immeubles dont le failli se trouvait être tiers détenteur. Cpr. § 272, texte et note 18. 2° De paralyser, au profit des créanciers de la masse, le droit de préférence attaché à la séparation des patrimoines, lorsque les créanciers d'une succession échue au failli n'ont pris l'inscription exigée par l'art. 2111 du Code Nap. qu'après l'expiration du délai de six mois depuis l'ouverture de la succession, et postérieurement à l'inscription requise en vertu de l'art. 490 du Code de comm. Voy. Req. rej., 29 décembre 1858, Sir., 59, 1, 209. 3° D'empêcher que les actes d'aliénation passés par le failli à l'époque où il jouissait encore de la disposition de ses biens, ne puissent être utilement transcrits après l'inscription prise en conformité de l'art. 490. Cpr. § 209, texte lett. *C* et note 92. Ces différents effets, attachés à l'hypothèque établie par l'art. 490, subsistent au cas d'union, aussi bien qu'au cas de concordat.

[14] On a cependant prétendu que, pour le cas de contrat d'union, l'hypothèque établie par l'art. 490 s'étend même aux immeubles acquis par le failli postérieurement à la dissolution de l'union. Voy. Demangeat sur Bravard, *op cit.*, V, p. 450, note 1re; Dijon, 5 août 1862, Sir., 62, 2, 544. Cette manière de voir est, à notre avis, en opposition formelle avec le texte de l'art. 490, qui n'accorde d'hypothèque *qu'à la masse* des créanciers, et qui, d'un autre côté, en subordonne l'efficacité à

son efficacité est subordonnée à la condition d'une inscription spéciale à prendre sur chacun des immeubles qui doit en être grevé[15].

On peut aussi ranger parmi les hypothèques légales les priviléges immobiliers qui, faute d'avoir été conservés en temps utile, sont dégénérés en hypothèques. Art. 2113.

Quant à l'hypothèque légale que, d'après l'art. 1017, la plupart des auteurs et la jurisprudence reconnaissent aux légataires sur les immeubles de la succession, nous n'avons pas à la mentionner, puisque, suivant nous, les légataires ne jouissent pas d'un droit de préférence distinct de celui qui résulte de la séparation des patrimoines[16].

§ 264 *bis*.

I. *De l'hypothèque légale des mineurs et des interdits.*

1° La loi n'accorde cette hypothèque qu'aux mineurs et aux interdits[1], et ne la leur confère que sur les biens de leurs tuteurs.

une inscription à prendre par les syndics, condition qui ne peut plus être accomplie, lorsque, par la dissolution de l'union, les fonctions des syndics ont cessé. Nous ajouterons que si, en cas de concordat, l'art. 517 transforme en hypothèque individuelle, au profit de chaque créancier, celle que l'art. 490 avait conférée à la masse, ou ne trouve aucun texte qui contienne une disposition de même nature pour le cas de contrat d'union, et bien moins encore de texte qui accorde à chacun des créanciers du failli une hypothèque devant s'étendre aux immeubles acquis après la dissolution de l'union. En vain dit-on que l'hypothèque dont s'agit étant légale, elle doit, aux termes de l'art. 2122, s'appliquer à tous les immeubles présents et à venir du failli. L'article précité n'attribue en effet le caractère d'hypothèques générales qu'aux hypothèques légales indiquées en l'art. 2121; et comme il ne leur reconnaît ce caractère que par exception au principe de la spécialité, qui forme l'une des bases de notre système hypothécaire, sa disposition ne saurait être étendue à toutes les hypothèques légales indistinctement. Bravard, *op cit.*, V, p. 448 et 449.

[15] C'est ce qui nous paraît nettement résulter de la rédaction de l'art. 490. Cet article en effet ne dit pas que les syndics devront prendre inscription *sur les biens du failli*, ce qui pourrait s'entendre d'une inscription générale: il porte que les syndics seront tenus de prendre inscription *sur les immeubles du failli dont ils connaîtront l'existence*, et ces termes indiquent une inscription spéciale à requérir sur des immeubles déterminés. Pont, n° 1001. Bravard, *op. cit.*, V, 449. Voy. en sens contraire : Demangeat, *loc. cit.*, à la note.

[16] Cpr. § 722, texte *in fine*, notes 21 et 22.

[1] La loi du 11 brumaire an VII (art. 21, n° 2) avait également accordé aux absents une hypothèque légale sur les biens de leurs administrateurs. Le Code Napoléon n'a pas reproduit cette disposition, qui eût pu être appliquée aux cura-

Art. 2121 et 2135, n° 1. Or, comme les dispositions qui établissent des droits de préférence ne sont susceptibles d'aucune extension, on doit décider :

D'une part, que les individus pourvus d'un conseil judiciaire ne jouissent d'aucune hypothèque légale[2], non plus que les personnes non interdites placées dans un établissement d'aliénés[3].

D'autre part, que durant le mariage de ses parents, l'enfant légitime n'a pas d'hypothèque légale sur les immeubles de son père, administrateur de ses biens[4]; que l'hypothèque des mineurs ou interdits ne s'étend pas aux biens du subrogé tuteur[5]; que

teurs nommés en vertu de l'art. 112. Quant aux envoyés en possession, il s'est contenté de leur imposer la nécessité de fournir caution pour sûreté de leur administration. Art. 120.

[2] Duranton, XIX, 314. Troplong, II, 423. Valette, n° 142, p. 283. Pont, n° 496. Les biens du tuteur nommé à une substitution en conformité des art. 1055 et 1056, ne sont pas non plus grevés d'hypothèque légale : ce tuteur n'est en réalité qu'un curateur. Cpr. § 86 *bis*, note 1re; § 696, texte n° 2 et note 24.

[3] L'art. 34 de la loi du 30 juin 1838 donne bien au tribunal qui nomme un administrateur provisoire à la personne placée dans un établissement d'aliénés, le pouvoir de constituer, dans l'intérêt de cette personne, uue hypothèque sur les biens de cet administrateur; mais une pareille hypothèque est plutôt judiciaire que légale, puisqu'elle est établie *officio judicis*. Elle diffère d'ailleurs essentiellement de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits : 1° en ce qu'elle n'est pas nécessairement générale, et peut n'être que spéciale; 2° en ce qu'elle n'est pas tacite, et ne prend date que du jour de l'inscription. Cpr. Demolombe, VIII, 824 à 825.

[4] Merlin, *Rép.*, v° Puissance paternelle, sect. II, n° 17. Delvincourt, III, p. 316. Duranton, III, 415. Grenier, I, 277 et 278. Magnin, *Des minorités*, II, 1280. De Fréminville, *De la minorité*, I, 18. Troplong, II, 424. Valette, n° 142, p. 287. Demolombe, VI, 420. Martou, I, 775. Pont, n° 493. Civ. cass., 3 décembre 1821, Sir., 22, 1, 81. Riom, 23 mai 1822, Sir., 25, 2, 152. Lyon, 3 juillet 1827, Sir., 30, 2, 30. Poitiers, 31 mars 1830, Sir., 30, 2, 138. Bordeaux, 10 avril 1845, Sir., 47, 2, 166. Grenoble, 4 janvier 1850, Sir., 50, 1, 543. Toulouse, 2 janvier 1863, Sir., 63, 2, 191. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2121, n° 36; Battur, II, 365; Toulouse, 23 décembre 1818, Sir., 19, 2, 201. — Cependant le testateur qui fait un legs en faveur d'un enfant mineur ayant encore ses père et mère, peut ne leur confier l'administration des biens légués qu'à la charge de fournir hypothèque pour la garantie de leur administration. Req rej., 30 avril 1833, Sir., 33, 1, 466.

[5] La rédaction primitive de l'art. 2121 portait : « Ceux des mineurs et interdits « sur les biens de leurs tuteurs *et subrogés tuteurs*. » Mais ces dernières expressions ont été retranchées sur les observations du Tribunat. (Locré, *Lég.*, XVI, p. 228, p. 316 n° 12, *et* p. 324 n° 3.) Ce retranchement prouve que le législateur n'a entendu soumettre à l'hypothèque légale les biens du subrogé tuteur, ni à raison de la responsabilité qu'il peut encourir pour défaut d'accomplissement des devoirs inhérents à sa charge, ni même à raison des actes de gestion qu'il

cette hypothèque ne frappe pas davantage les biens des personnes qui, sans être investies de la qualité de tuteur, ont provisoirement géré la tutelle en vertu de l'obligation que la loi leur en imposait[6]; que l'interdit judiciairement n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de l'administrateur provisoire nommé en conformité de l'art. 497[7], ni le mineur émancipé sur ceux de son curateur[8]; enfin, que les biens du tiers qui, sans avoir été ni réellement, ni même putativement, investi de la tutelle, a de fait géré comme tuteur la fortune d'un mineur ou d'un interdit, ne sont pas grevés d'une hypothèque légale au profit de ces derniers[9].

passerait en remplacement, ou sans le concours du tuteur gérant. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 4, n° 3. Grenier, I, 274. Duranton, XIX, 313. Troplong, II, 422. Valette, n° 142, p. 284. Freminville, *op. cit.*, I, 166 et 1124. Demolombe, VII, 389 et 390. Pont, n° 497. Voy. cependant Persil, sur l'art. 2121, n°s 24 et 25. Cet auteur pense que les biens du subrogé tuteur sont soumis à l'hypothèque légale, lorsque ayant fait ou passé des actes de gestion, il est devenu *comptable* envers le mineur. — *Quid* si le subrogé tuteur était devenu tuteur de fait? M. Demolombe (VII, 390) estime que ses biens sont soumis en pareil cas à l'hypothèque légale. D'après les motifs développés à la note 9 *infra*, cette opinion ne nous paraît pas devoir être admise en principe; et nous ne serions disposés à l'adopter que dans les circonstances exceptionnelles indiquées à la fin de cette note. Nous ajouterons que les arrêts invoqués par notre savant collègue, et que nous avons nous-mêmes cités aux notes 5 et 8 du § 88, ne décident pas la question.

[6] Voy. art. 394, 419 et 440. Cpr. Demolombe, VIII, 29.

[7] Valette, n° 142, p. 283. Pont, n° 496. Montpellier, 14 janvier 1823, Sir., 23, 2, 222. Req. rej., 27 avril 1824, Sir., 24, 1, 268.

[8] Merlin, *op.*, *v° et loc. citt.* Valette, n° 142, p. 283. Duranton, XIX, 314. De Fréminville, *op. cit.*, II, 1125. Pont, *loc. cit.*

[9] MM. Troplong (II, 421), De Fréminville (*op. cit.*, II, 1131), et Pont (I, 500) accordent au mineur une hypothèque légale sur les biens de tout tiers qui a géré *pro tutore*, soit qu'il ait cru être tuteur, soit qu'il ait usurpé les fonctions tutélaires. Cette opinion, qu'ils appuient sur la loi 20 *C. de adm. tut.* (5, 37), et sur les lois 19, § 1 et 23, *D. de reb. auct. jud. poss.* (42, 5), ainsi que sur l'avis de nos anciens auteurs, nous paraît incompatible avec le principe de la publicité, qui forme la base de notre régime hypothécaire actuel. Si, par dérogation à ce principe, le Code Napoléon a déclaré l'hypothèque légale des mineurs et des femmes mariées efficace à l'égard des tiers, indépendamment de toute inscription, il ne l'a fait qu'en considération de la publicité, réelle ou légalement présumée, qui entoure la célébration du mariage ou la délation de la tutelle, et en prenant d'ailleurs certaines mesures destinées à procurer l'inscription de l'hypothèque. On se place en dehors des prévisions de la loi, et l'on ajoute une exception à celles qu'elle a admises, en accordant au mineur le bénéfice d'une hypothèque légale, dispensée d'inscription, sur les biens du tiers qui, sans vocation officielle, a pris la gestion de ses affaires. En effet, il ne s'attache à ce fait aucune présomption de publicité, et nous ne voyons pas sur quoi on se fon-

Du reste, les individus frappés d'interdiction légale jouissent de l'hypothèque légale sur les immeubles de leurs tuteurs, tout aussi bien que les interdits judiciairement[10].

Dans les cas prévus par les art. 396 et 417, l'hypothèque légale du mineur ne frappe pas seulement les biens du tuteur principal, mais s'étend à ceux du cotuteur et du protuteur[11].

L'hypothèque du mineur est d'ailleurs indépendante du mode de délation de la tutelle. Elle s'attache à la tutelle testamentaire ou dative, comme à la tutelle légale. Elle s'attache également à la tutelle officieuse, aussi bien qu'aux tutelles ordinaires[12].

Lorsque la mère survivante, qui, faute d'avoir satisfait en con-

derait pour dire aux tiers, qu'ils auraient pu et dû le connaître. D'un autre côté, les précautions prises par la loi pour assurer l'inscription de l'hypothèque du mineur, resteraient sans application possible dans l'hypothèse qui nous occupe. Grenier, I, 273. Tout ce que l'on peut admettre, c'est que les biens de celui qui, par suite d'une erreur commune, a été publiquement considéré comme investi d'une tutelle qu'il ne pouvait gérer, ou qui ne lui était pas dévolue, sont grevés de l'hypothèque légale, comme ils le seraient dans le cas d'une tutelle réellement et valablement déférée.

[10] Valette, n° 142. Pont, n° 491. Pau, 19 août 1850, Sir., 50, 2, 587.

[11] Delvincourt, III, p. 216. Persil, sur l'art. 2121, n° 29, Duranton, III, 431. Valette, n° 142, p. 182. Domolombe, VII, 135 et 211. Pont, n° 499.

[12] Persil, sur l'art. 2121, n° 37. Grenier, I, 281. Duranton, XIX, 310. Troplong, II, 425. Valette, *loc. cit.* De Fréminville, *op. cit.*, II, 1130. Magnin, *op. cit.*, I, 551. Toulier, VII, 289. Demolombe, VI, 236. Voy. en sens contraire : Pont, n° 494. Cet auteur, partant de l'idée que la tutelle officieuse est bien moins une espèce de tutelle qu'un mode particulier d'adoption, s'attache à établir que les biens du tuteur officieux ne sont pas soumis à l'hypothèque légale. Le point de départ de cette opinion tout isolée est inexact. Si la tutelle officieuse est un acheminement à l'adoption, elle ne constitue cependant pas un mode particulier d'adoption ; et, pour être une préparation à cet acte juridique, elle n'en réunit pas moins tous les caractères et tous les attributs d'une véritable tutelle. Cpr. § 564. Quant aux arguments que M. Pont veut tirer de la rédaction des art. 2135, 2141 et 2143, qui semble limiter au tuteur ordinaire l'application de leurs dispositions, ils sont en eux-mêmes sans portée et se réfutent tous par cette observation bien simple, *Lex statuit de eo quod fit plerumque*. Nous ferons du reste remarquer que l'opinion de M. Pont conduirait à ce résultat qu'un mineur non émancipé, possédant des biens personnels, se trouvera destitué de toute garantie pour la conservation de sa fortune, par cela seul qu'il aura été soumis à la tutelle officieuse, résultat contraire à l'esprit général de la loi. Que le législateur n'ait pas jugé convenable de frapper d'hypothèque les biens du père, tant qu'il gère la fortune de ses enfants comme administrateur légal, cela se comprend et s'explique par des raisons d'une haute gravité ; mais il n'existait aucun motif pour dispenser de même de l'hypothèque légale l'administration du tuteur officieux.

volant à de secondes noces aux prescriptions de l'art. 395, s'est trouvée déchue de la tutelle de ses enfants du premier lit, a continué de fait à la gérer, l'hypothèque légale qui grève ses biens garantit également la gestion postérieure au mariage [13], et s'étend même aux immeubles de son second mari [14].

[13] Vainement dirait-on que, par cela même que dans l'hypothèse prévue au texte, la loi déclare la mère déchue de plein droit de la tutelle, elle affranchit aussi de l'hypothèque légale la gestion postérieure au second mariage, qui ne présente plus aucun des caractères de la tutelle. En tirant de l'art. 395 une pareille conclusion, qui serait tout à l'avantage des créanciers et ayants-cause de la mère, on se mettrait en opposition manifeste avec l'esprit de la loi. Il faut d'ailleurs remarquer que, tout en déclarant la mère déchue de plein droit de la tutelle, l'art. 395 n'en qualifie pas moins *de tutelle* la gestion indûment continuée, indiquant par là que cette gestion doit, en ce qui concerne les obligations de la mère et la garantie du mineur, être considérée comme une tutelle. Il ne saurait en être autrement, puisqu'en négligeant de se conformer aux prescriptions de l'art. 395, la mère qui veut convoler en secondes noces commet, *comme tutrice*, une faute dont toutes les conséquences doivent être garanties par les sûretés attachées à la tutelle. Grenier, I, 280. Magnin, *Des minorités*, I, 457. De Fréminville, *De la minorité*, I, 51. Valette, sur Proudhon, II, p. 289, n° 6. Marcadé, sur l'art. 395, n° 1. Demolombe, VII, 124. Pont, n° 500. Req. rej., 15 décembre 1825, Sir., 26, 1, 298. Voy. en sens contraire: Duranton, XIX, 312.

[14] L. 6, *C. in quib. caus. pig. v. hyp. tac. cont.* (8, 14). Persil, sur l'art. 2121, n° 32. Grenier, I, 280. Troplong, I, 426. Taulier, VII, p. 287. Magnin, *op. et loc. citt.* De Fréminville, *op. et loc. citt.* Demolombe, VII, 128. Paris, 28 décembre 1822, Sir., 34, 2, 231, à la note. Poitiers, 28 décembre 1824, Sir., 25, 2, 51. Nîmes, 30 novembre 1831, Sir., 32, 2, 139. Colmar, 26 novembre 1883, Sir., 34, 2, 231. Giv. cass., 14 décembre 1836, Sir., 37, 1, 88. Cpr. aussi Pont, n° 500. Voy. en sens contraire: Delvincourt, I, p. 271; Duranton, III, 426; Valette, sur Proudhon, II, 290, n° 7; Marcadé, sur l'art. 395; Zachariæ, § 121, texte et note 4. Nous croyons devoir nous séparer sur ce point de l'opinion de Zachariæ, que nous avions reproduite dans nos premières éditions. En déclarant le second mari solidairement responsable avec sa femme des suites de la tutelle indûment conservée, l'art. 395 le considère virtuellement comme cotuteur de fait. On comprendrait difficilement que le mineur se trouvât privé, à raison de la faute que sa mère a commise, et à laquelle le second mari a participé, du bénéfice de l'hypothèque légale dont il aurait incontestablement joui sur les biens de ce dernier, si les prescriptions de la loi avaient été observées. On comprendrait tout aussi peu que la responsabilité solidaire qui pèse sur le second mari, fût destituée, en ce qui le concerne, de la garantie que la loi attache à toute gestion tutélaire, et qui, d'après l'opinion générale, s'applique à la tutelle indûment conservée par la mère. D'un autre côté, notre solution ne blesse en aucune façon les intérêts légitimes des tiers, puisque l'existence antérieure de la tutelle et la célébration du second mariage sont des faits légalement présumés publics, dont, en l'absence de toute nomination d'un autre tuteur, ils pouvaient et devaient

2° La loi autorise le conseil de famille appelé à nommer un tuteur, à restreindre, par une déclaration insérée dans l'acte de nomination, l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit à certains immeubles déterminés. Art. 2141. Mais ce conseil ne pourrait, ni affranchir d'une manière absolue de l'hypothèque légale tous les biens présents et à venir du tuteur, ni même en dégrever tous ses immeubles présents, en décidant qu'il ne serait pas pris d'inscription sur ces immeubles. De pareilles décisions seraient à considérer comme non avenues [15].

L'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, ainsi restreinte à certains immeubles déterminés, dégénère en hypothèque spéciale en ce sens, que les autres biens présents du tuteur et tous ses biens à venir demeurent libres. Mais elle n'en conserve pas moins, quant aux immeubles qui y restent affectés, son caractère d'hypothèque légale dispensée d'inscription [16].

Dans les tutelles légales ou testamentaires [17], l'hypothèque lé-

tirer la conséquence que la mère avait été maintenue dans la tutelle, et que son nouvel époux lui avait été donné pour cotuteur. En aucun cas, et eussent-ils connu le véritable état des choses, ils ne sauraient être admis à se prévaloir, pour contester l'hypothèque légale, d'une irrégularité qui ne doit pas tourner au préjudice du mineur.

[15] Art. 2141, cbn. 2140 *in fine*. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XVI, p. 161 et suiv., nos 25, 26 et 28). Merlin, *Rép.*, v° Insc. hypoth., § 3, n° 19. Persil, sur l'art. 2141, n° 4. Pont, nos 543 et 544. — Il est bien entendu que le conseil de famille pourrait, au lieu de restreindre l'hypothèque légale à certains immeubles spécialement désignés, procéder par voie de dégrèvement de tels ou tels immeubles présents du tuteur. En pareil cas, l'hypothèque resterait générale, en ce sens que tous les immeubles présents non expressément dégrevés et tous les biens à venir y demeureraient affectés. Pont, nos 545 et 546.

[16] Merlin, *Rép.*, v° Insc. hyp., § 3, n° 23. Troplong, II, 644 *bis*. Pont, n° 553.

[17] MM. Persil (sur l'art. 2141, n° 2) et Pont (n° 549) pensent cependant que le père et la mère non remariés jouissent de la faculté, en nommant un tuteur à leur enfant, de restreindre, dans l'acte de nomination, l'hypothèque légale à certains immeubles. Cette opinion ne nous paraît pas devoir être suivie. Le pouvoir de restreindre l'hypothèque légale n'est pas une conséquence du pouvoir de nommer le tuteur : il a fallu une disposition spéciale pour le conférer au conseil de famille; et il n'est dès lors pas exact de dire que le père doit, à cet égard, avoir un pouvoir au moins égal à celui qui appartient au conseil de famille. La réduction de l'hypothèque légale est d'ailleurs une mesure qui rentre dans le contrôle de la tutelle (cpr. art. 2143); et c'est le conseil de famille qui est investi de ce contrôle. On comprendrait d'autant moins que le père ou la mère fussent autorisés à prononcer la réduction de l'hypothèque légale dans un acte qui peut précéder de plusieurs années l'ouverture de la tutelle, que la question de l'opportunité d'une pareille réduction doit s'apprécier d'après l'état de la fortune, tant du mineur que du tuteur lui-même, au moment où celui-ci va entrer en fonctions.

gale ne peut être restreinte à certains immeubles qu'au moyen d'un jugement rendu en conformité de l'art. 2143[18]. Il en est de même pour la tutelle dative, quand la restriction n'a pas eu lieu dans l'acte de nomination du tuteur.

La réduction de l'hypothèque légale dans l'acte de nomination du tuteur n'a pas, à l'encontre du mineur ou de l'interdit, un effet absolu et irrévocable. Si cette réduction ne leur avait laissé que des sûretés insuffisantes dès l'origine, ou qui le fussent devenues depuis par une cause quelconque, le subrogé tuteur pourrait exiger pour l'avenir, et sous la réserve des droits acquis dans l'intervalle aux tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires, un complément d'hypothèque, et au besoin, se faire autoriser par justice à prendre une inscription sur la généralité des biens du tuteur[19].

3° L'hypothèque légale des mineurs ou interdits est attachée à tous les droits et créances qu'ils peuvent avoir contre leur tuteur en cette qualité, ou à raison de sa gestion. Art. 2121 cbn. 2135, n° 1. Elle garantit donc non-seulement les sommes que le tuteur a réellement perçues, mais encore celles qu'il aurait dû toucher, ainsi que les dommages-intérêts dont il peut être passible à raison de fautes ou de malversations commises dans l'exercice de ses fonctions. Elle garantit même les sommes dont il était personnellement redevable envers le pupille au moment de son entrée en fonctions, ou dont il est devenu son débiteur au cours de la tutelle pour des causes indépendantes de sa gestion, à supposer d'ailleurs que ces dettes étant venues à échéance pendant la durée de la tutelle, il y ait eu pour lui, comme tuteur, obligation d'en exiger le paiement[20].

[18] Cpr. sur la forme, les conditions, et les effets des jugements de réduction d'hypothèques générales : § 282.

[19] Le législateur n'a pu autoriser la réduction de l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit que dans la supposition qu'elle ne compromettrait pas leurs intérêts; et dès lors cette mesure doit être rapportée ou modifiée dès que l'insuffisance des garanties hypothécaires qui leur ont été réservées, se trouve établie. Seulement le retrait ou la modification de la réduction devront rester sans influence sur les droits précédemment acquis à des tiers. Pont, n° 552. Paris, 10 janvier 1857, Sir., 57, 2, 124. Cpr. Grenoble, 18 janvier 1833, Sir., 33, 2, 457.

[20] *Tutor a se ipso exigere debuit.* Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 4, n° 3. Persil, sur l'art. 2135, § 1, n° 5. Grenier, I, 282. Duranton, XIX, 317. Troplong, II, 427. Pont, n° 501. Turin, 25 janvier 1811, Sir., 12, 2, 285. Req. rej., 12 mars 1811, Sir., 11, 1, 227. Paris, 26 mars 1836, Sir., 36, 2, 259. Pau, 17 juin 1837, Sir., 38, 2, 161.

C'est ainsi notamment que l'hypothèque légale s'applique au paiement des sommes dont le tuteur aurait fait donation au pupille[21], et au recours en dommages-intérêts que le pupille peut avoir à exercer contre le tuteur en raison, soit de l'annulation pour défaut d'acceptation régulière d'une donation que celui-ci lui a faite, soit de l'inefficacité d'une pareille donation pour défaut de transcription[22]. C'est ainsi encore que l'hypothèque garantit le montant des dommages-intérêts auxquels le tuteur peut être condamné lorsque, usufruitier de capitaux appartenant au pupille, il les a touchés sans les replacer et les a dissipés[23].

Mais le pupille n'aurait pas d'hypothèque légale pour sûreté d'une somme que le tuteur devait, en qualité de légataire et comme charge de son legs, lui laisser dans sa propre succession[24].

Le mineur placé sous la tutelle de son père a, pour sûreté des droits et reprises de sa mère, non-seulement l'hypothèque légale qui appartenait à cette dernière, et à laquelle il a succédé, mais encore l'hypothèque qui lui compète de son propre chef sur les biens de son tuteur. Cette dernière hypothèque n'est pas, au cas de faillite du père tuteur, soumise à la restriction établie par l'art. 563 du Code de commerce, et frappe indistinctement tous les immeubles dont celui-ci était déjà propriétaire au jour de l'ouverture de la tutelle, ou qu'il a acquis depuis, à un titre quelconque[25].

[21] Req. rej., 9 décembre 1829, Sir., 30, 1, 8. Rouen, 18 juin 1839, Sir., 39, 2, 208.

[22] Cpr. § 652, texte nº 3 et note 8; § 704, texte lett. *a* et note 13. Rouen, 18 juin 1839. Sir., 39, 2, 208.

[23] Bourges, 6 mars 1855, Sir., 55, 2, 354. Vainement objecterait-on que, dans l'hypothèse indiquée au texte, il s'agit de valeurs dont la restitution ne devient exigible qu'après la cessation de la tutelle, et à raison desquelles il n'y a par conséquent pas pour le tuteur obligation d'en poursuivre le recouvrement sur lui-même. Cette objection porte à faux; elle se réfute par la considération que le tuteur, en dissipant un capital usufructuaire, et en se plaçant dans l'impossibilité de le restituer à la fin de l'usufruit, contrevient à l'obligation que lui imposaient ses fonctions, de conserver les biens du pupille, et se rend ainsi coupable envers lui, dans le cours même de sa gestion, d'une faute dont les conséquences doivent par cela même être garanties au moyen de l'hypothèque légale.

[24] Pont, nº 501. Douai, 4 mai 1846, Sir., 46, 2, 470.

[25] Esnault, *Des faillites*, III, 590. Demangeat sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 569, note 2. Grenoble, 7 juin 1834, Sir., 34, 2, 438. Colmar, 2 février 1857, Sir., 57, 2, 681. — Il est toutefois à remarquer que, si l'hypothèque légale qui compète au mineur du chef de sa mère, remonte au jour du mariage de cette dernière, celle qui lui appartient de son propre chef, sur tous les immeubles de son père sans distinction de leur origine, ne remonte qu'au jour de l'ouverture de la tutelle.

Si le tuteur avait aliéné des immeubles du pupille sans l'observation des formalités prescrites par la loi, et qu'il en eût touché le prix, l'hypothèque légale s'appliquerait à ce prix, comme à toutes les autres sommes par lui perçues, de telle sorte que le mineur aurait l'option, ou de poursuivre l'annulation de la vente et la restitution de ses immeubles, ou d'en réclamer le prix à l'aide de son hypothèque légale; et ce, même au préjudice des créanciers hypothécaires du tuteur, ou des acquéreurs de ses biens[26].

4° L'hypothèque des mineurs et des interdits ne couvre pas seulement l'administration du tuteur pendant la durée de ses fonctions: elle garantit même la gestion postérieure à la cessation de la tutelle, gestion qui doit en principe être considérée comme une suite nécessaire de l'administration tutélaire[27]. Si cependant l'ancien pupille ou ses ayants-droit devaient être considérés, d'après les circonstances, comme ayant volontairement abandonné au ci-devant tuteur l'administration de leurs biens, ainsi qu'ils auraient pu la confier à tout autre mandataire, l'hypothèque légale ne couvrirait pas la gestion postérieure à cet abandon[28].

5° Les effets de l'hypothèque légale attachée à la tutelle, remontent invariablement au jour où a commencé la responsabilité du tuteur[29], et ce pour tous les droits et créances du pupille indistinctement, quelles que soient d'ailleurs les causes d'où procèdent ces droits, et les époques auxquelles ils ont pris naissance. Art. 2135 et 2194[30].

[26] Pont, n° 501. Toulouse, 18 décembre 1826, Sir., 27, 2, 242. Grenoble, 18 juillet 1849, Sir., 50, 2, 261. Cpr. § 537, texte et note 16.

[27] Cpr. § 120, texte n° 2 et note 5.

[28] Cpr. Demolombe, VIII, 27 à 29; Martou, II, 785; Pont, n° 502.

[29] Nous avons substitué les termes : *jour où a commencé la responsabilité du tuteur*, aux expressions : *jour de l'acceptation de la tutelle*, *jour de l'entrée en gestion*, dont se servent les art. 2135 et 2194 pour indiquer le point de départ de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits. Les rédacteurs du Code se sont exprimés de cette manière, parce que d'ordinaire les tuteurs acceptent les fonctions qui leur sont déférées et les gèrent à partir du moment même où la loi leur en impose l'obligation ; mais il est bien évident que si le tuteur avait sans motif légitime refusé d'accepter la tutelle, ou qu'il eût négligé de la gérer pendant un temps plus ou moins long, l'hypothèque légale, destinée à garantir d'une manière complète les intérêts du pupille, n'en devrait pas moins remonter au jour où la responsabilité du tuteur a commencé. Cpr. § 110. Merlin, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 3, n° 6. Delvincourt, III, p. 317. Troplong, II, 428.

[30] Sous ce rapport, l'hypothèque légale des mineurs et des interdits diffère de celle des femmes mariées : le point de départ de cette dernière n'est pas fixé

6° L'hypothèque légale du mineur et de l'interdit s'éteint par la prescription de l'action en reddition ou en révision de compte qui leur compète contre le tuteur ou ses héritiers. Mais elle survit à la reddition du compte de tutelle et au paiement même du reliquat, pour tous les redressements de compte que l'ancien pupille ou ses ayants-droit peuvent avoir à réclamer, et prime, quant à ce, toutes les hypothèques postérieures, et spécialement l'hypothèque légale postérieure de la femme du tuteur [31].

Toutefois, si à la suite d'une reddition de compte régulière en la forme, le pupille ou ses ayants-droit avaient donné main-levée de l'hypothèque légale, ils ne pourraient, pour les redressements qu'ils auraient à réclamer, exercer cette hypothèque au préjudice des créanciers hypothécaires et des acquéreurs qui auraient traité sur la foi de la main-levée ainsi donnée [32].

§ 264 *ter*.

2. *De l'hypothèque légale des femmes mariées.*

1° Cette hypothèque, attachée au fait du mariage, n'est subordonnée à aucune autre condition qu'à celle de la validité du mariage même [1]. Il en est ainsi, bien que le mariage ait été contracté à l'étranger : le défaut de transcription de l'acte de célébration sur les registres de l'état civil en France, dans le délai fixé par l'art. 171, ne fait pas obstacle à l'existence de l'hypothèque légale de la femme [2].

d'une manière invariable. Cpr. § 264 *ter*, Merlin, *op. et loc. citt.* Troplong, II, 572. Pont, n° 747.

[31] Demolombe, VIII, 140 à 146. Civ. cass., 21 février 1838, Sir., 38, 1, 193. Orléans, 12 janvier 1839, Sir., 39, 2, 376. Toulouse, 18 juillet 1839, Sir., 39, 2, 523. Civ. cass., 18 août 1840, Sir., 40, 1, 995. Toulouse, 7 mars 1855, Sir., 55, 2, 257. Req. rej., 23 décembre 1856, Sir., 57, 1, 845.

[32] Carette, Sir., 38, 1, 198. Toulouse, 18 juillet 1839, Sir., 39, 2, 523. Cpr. Demolombe, VIII, 147.

[1] Avant la loi du 28 mai 1838 sur les faillites, quelques auteurs, et notamment M. Pardessus (IV, 1135), avaient soutenu, en se fondant sur les termes de l'art. 443 de l'ancien Code de commerce, que la femme d'un commerçant failli ne jouissait d'aucune hypothèque légale vis-à-vis des créanciers de la masse, lorsque le mariage n'avait été célébré que dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite. Cette opinion, que nous avions réfutée dans notre première édition, a été formellement proscrite par la loi de 1838, qui ne déclare nulles que les hypothèques conventionnelles ou judiciaires constituées depuis la cessation de paiements, ou dans les dix jours qui l'ont précédée, Code de commerce, art. 446.

[2] Voy. § 468, texte n° 2 et notes 23, 24, 26 et 28. Pont, n° 432.

L'hypothèque légale s'évanouit, d'une manière rétroactive, par suite de l'annulation du mariage. Si cependant il avait été contracté de bonne foi par la femme, cette hypothèque subsisterait avec tous ses effets, pour sûreté des droits et créances acquis à cette dernière jusqu'au moment où la nullité de son union a été prononcée[3].

L'hypothèque légale dont s'agit est indépendante du régime sous lequel les époux sont mariés. Elle existe au profit de la femme contractuellement séparée de biens[4], comme au profit de la femme mariée sous le régime dotal, ou sous celui de la communauté. Elle existe même au profit de la femme séparée de biens judiciairement, comme garantie notamment des indemnités qui peuvent lui être dues par le mari, pour des obligations contractées avec ce dernier depuis le jugement de séparation[5].

2° La femme mariée a hypothèque, non-seulement pour les trois catégories de créances spécialement mentionnées en l'art. 2135, mais pour tous les droits indistinctement qu'elle peut avoir à exercer contre son mari, en sa dite qualité, à un titre ou pour une cause quelconques[6]. C'est ainsi que, sous quelque régime qu'elle soit mariée, la femme jouit de l'hypothèque légale, tant en raison des indemnités de toute nature que le mari peut lui devoir pour malversations ou fautes commises dans l'administration de ses biens personnels[7], que pour les dépens auxquels il a été con-

[3] Voy. § 460.

[4] Pont, n° 430.

[5] Quoique la femme reprenne, par suite de la séparation de biens, la libre administration de ses biens personnels, elle n'en reste pas moins placée sous l'autorité et la dépendance de son mari; et dès lors elle doit continuer à jouir de la protection de l'hypothèque légale, pour les créances nouvelles qu'elle peut acquérir contre ce dernier.

[6] En effet, l'art. 2121, qui est le siége de la matière, attribue à la femme mariée l'hypothèque légale pour sûreté *de ses droits et créances* sans distinction; et si l'art. 2135 mentionne spécialement trois espèces de créances, il le fait uniquement pour fixer les différentes époques auxquelles remonte l'hypothèque attachée à chacune de ces catégories, et nullement pour refuser le bénéfice de l'hypothèque aux créances qui ne rentreraient pas exactement dans l'une ou l'autre de ces catégories. Ce point de doctrine est aujourd'hui généralement admis. Voy. les autorités citées aux notes suivantes.

[7] L'hypothèque légale garantit notamment, à la date du mariage, les dommages-intérêts qui peuvent être dus par le mari à la femme, lorsqu'il a négligé de requérir la transcription des donations immobilières faites à celle-ci, soit par des tiers, soit par lui-même. Civ. cass., 10 mars 1840, Sir., 40, 1, 217. Angers, 10 mars 1841, Sir., 41, 2, 187. Il résulte de là une conséquence qui mérite

damné envers elle sur ses demandes, soit en séparation de biens[8] ou de corps[9], soit en obtention de l'autorisation maritale[10], et pour les frais de liquidation de ses droits et reprises[11]. C'est ainsi en particulier que la femme mariée sous le régime dotal a hypothèque pour les droits et créances relatifs à ses biens paraphernaux, comme pour ceux qui se rapportent à sa dot[12], et même pour la garantie du compte de gestion dû par le mari, lorsqu'elle lui a abandonné, en vertu d'un mandat exprès ou tacite, l'administration de ses paraphernaux[13].

Parmi les droits et créances que l'art. 2135 mentionne comme protégés par l'hypothèque légale, figurent en première ligne la dot et les conventions matrimoniales.

Quoique, dans l'acception étendue de ce mot, la dot comprenne tout ce que la femme apporte au mari pour lui aider à supporter

d'être notée. Si, à défaut de transcription du contrat de mariage constatant une donation immobilière faite par le mari à la femme, celle-ci ne peut se prévaloir de cette donation, ni pour revendiquer les immeubles donnés contre les tiers qui les ont acquis du mari, ni pour contester la validité des hypothèques acquises à des tiers du chef de ce dernier, elle est autorisée à exercer son hypothèque légale sur les biens donnés eux-mêmes, comme sur le surplus des immeubles du mari, pour obtenir le paiement des dommages-intérêts auxquels elle aura droit contre ce dernier en raison de la non-exécution de la donation. Cpr. § 704, texte lett. *a* et note 13.

[8] Pont, n° 439. Bauby, *Revue pratique*, 1862, XIV, p. 363 et suiv. Paris, 28 décembre 1822, Sir., 34, 2, 231, à la note. Caen, 25 novembre 1824, Sir., 26, 2, 70. Douai, 1er avril 1826, Sir., 27, 2, 39. Voy. en sens contraire : Rouen, 12 mars 1817, Sir., 17, 2, 171.

[9] Riom, 5 février 1821, Sir., 23, 2, 23. Paris, 28 juillet 1853, Sir., 54, 2, 203.

[10] Pont, *loc. cit.* Agen, 15 novembre 1847, Sir., 48, 2, 681.

[11] Voy. les autorités citées à la note 8 *supra*.

[12] Merlin, *Rép.*, v° Hypothèques, sect. II, § 3, art. 4, n° 2; v° Inscription hypothécaire, § 3, n° 9. Battur, II, 358. Troplong, II, 410 et suiv. Valette, n° 136. Pont, n° 439. Civ. cass., 11 juin 1822, Sir., 22, 1, 379. Lyon, 16 août 1823, Sir., 24, 2, 63. Req. rej., 6 juin 1826, Sir., 26, 1, 461. Civ. cass., 28 juillet 1828, Dalloz, 1828, 1, 353. Civ. cass., 5 décembre 1832, Sir., 33, 1, 113. Req. rej., 9 août 1852, Sir., 53, 1, 197. Cpr. cependant Planel, *Dissertation*, Sir., 19, 2, 89; Grenoble, 18 juillet 1814, Sir., 18, 2, 294.

[13] Troplong, II, 410. Sèriziat, *Du Régime dotal*, n° 353. Montpellier, 27 avril 1846, Sir., 47, 2, 459. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 232; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Hypothèques, n° 359; Grenoble, 18 juillet 1814, Sir., 18, 2, 294. L'induction que l'on tire des termes de l'art. 1577, *comme tout autre mandataire*, pour dire que la femme qui a donné mandat à son mari, n'a contre lui qu'une action personnelle, est évidemment forcée et contraire à l'esprit de la loi.

les charges du mariage, l'hypothèque légale ne peut cependant s'appliquer qu'aux apports dont la femme s'est expressément ou tacitement réservé la reprise, et en raison desquels il lui compète contre son mari une action en restitution. Mais la femme a hypothèque pour la restitution de sa dot dans le cas même où, d'après le contrat de mariage, c'est un tiers qui a dû toucher la dot, et que ce tiers l'a effectivement reçue [14].

Il est, du reste, entendu que la femme ne peut faire valoir son hypothèque légale qu'à la condition de justifier, d'une manière régulière, de l'existence des droits ou créances en raison desquels elle entend l'exercer [15]. Dans l'hypothèse prévue par l'art. 563 du Code de commerce, et lorsqu'il s'agit de deniers ou effets mobiliers que la femme prétend avoir apportés en dot, ou lui être advenus pendant le mariage par succession, donation, ou testament, la preuve de la réception de ces valeurs par le mari, ne peut résulter, au regard des créanciers de la faillite, que d'actes ayant date certaine [16].

[14] En pareil cas, la femme a deux débiteurs au lieu d'un seul, le mari restant toujours responsable de la dot. Civ. rej., 30 mars 1831, Sir., 31, 1, 343.

[15] Cpr. Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 3, n° 3; Grenier, I, 234; Req. rej., 2 septembre 1806, Sir., 6, 1, 461; Civ. rej., 16 juillet 1817, Sir., 19, 1, 40; Toulouse, 23 décembre 1819, Sir., 19, 2, 201. — Toutefois il faut se garder d'appliquer à cette preuve les règles relatives aux actes à l'aide desquels la femme doit justifier de son droit de propriété sur les objets saisis par les créanciers du mari ou de la communauté, et dont elle demande la distraction. Cpr. § 522, texte n° 5 et note 26; § 531, texte n° 1, notes 5 et 6; § 540, texte n° 2 et note 18. Il suffit, pour que la femme soit autorisée à exercer l'hypothèque légale, qu'elle établisse, à l'aide des moyens admis contre le mari lui-même, l'existence de ses droits ou créances. C'est ainsi, par exemple, que sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, elle peut, pour l'exercice de son hypothèque légale, établir par témoins, ou même par commune renommée, la valeur du mobilier non inventorié qui lui est échu pendant le mariage (art. 1504), et que, sous le régime dotal, ou le régime exclusif de communauté, elle peut même établir, à l'aide de ces moyens de preuve, la valeur du mobilier qu'elle a apporté en mariage (§ 540, texte et note 17).

[16] Cpr. civ. rej., 27 décembre 1852, Sir., 53, 1, 161; Grenoble, 17 août 1854, Sir., 55, 2, 485; Req. rej., 22 février 1860, Sir., 60, 1, 433. — Les restrictions établies contre la femme du failli, quant à la preuve de ses droits ou créances, ne sont relatives qu'à l'exercice de son hypothèque légale, ou du droit de reprise en nature de son mobilier. En tant qu'elle n'entend faire valoir qu'une simple créance chirographaire contre la masse, elle est admise à établir, soit le paiement de la dot, soit la valeur du mobilier qu'elle a apporté, ou qui lui est échu pendant le mariage par tous les moyens de preuve du Droit commun. Esnault, *Des faillites*, III, 592. Limoges, 29 juin 1839, Sir., 40, 2, 9. Douai, 27 mai 1841. Lyon, 29 avril 1850, Sir., 52, 2, 598.

Les termes *conventions matrimoniales*, dans le sens de l'art. 2135, comprennent deux classes différentes de droits, à savoir : d'une part, les créances que la femme a pu acquérir contre son mari, comme administrateur de ses biens personnels, soit en vertu d'un mandat formel qu'elle lui a donné dans le contrat de mariage, soit en vertu des pouvoirs virtuellement inhérents au régime sous lequel elle s'est mariée ; et d'autre part, les avantages que le mari a conférés à la femme par des clauses expresses du contrat de mariage, ou que, d'après leur intention présumée, la loi lui assure en l'absence de toute stipulation[17].

Les avantages matrimoniaux de la femme ne sont garantis par l'hypothèque légale qu'autant que, portant sur les biens personnels du mari, ils la constituent créancière envers lui, ou envers sa succession. Ceux qui, d'après leur nature ou leur objet, se trouvent subordonnés, pour la femme commune en biens, à l'acceptation de la communauté, et ne sont susceptibles d'être exercés que sur la masse commune, ne participent pas à la garantie de l'hypothèque légale. Tel est, par exemple, le préciput conventionnel, à moins qu'il n'ait été stipulé même pour le cas de renonciation à la communauté[18]. A plus forte raison, la femme

[17] On restreint beaucoup trop le sens des termes *conventions matrimoniales*, quand on dit que la loi désigne par là les avantages matrimoniaux stipulés dans le contrat de mariage en faveur de la femme. Ces termes qui, dans leur signification naturelle, embrassent tous les droits et créances de la femme, dont le principe se trouve, soit dans les clauses expresses du contrat de mariage, soit dans les dispositions législatives destinées à compléter ce contrat ou à y suppléer, comprendraient même à la rigueur les sommes dues à la femme pour remploi de ses propres aliénés, et pour indemnité des dettes par elle contractées avec son mari. Mais l'alinéa 3 du nº 2 de l'art. 2135 prouve que le législateur n'a entendu désigner par les mots *conventions matrimoniales* que les deux catégories de droits indiquées au texte, à l'exclusion des créances dont la cause directe se trouverait dans des actes passés ou consentis par la femme pendant le mariage. — D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue, pour la saine interprétation des termes *conventions matrimoniales*, que, sauf quelques règles impératives ou prohibitives et d'ordre public, les dispositions du Code qui déterminent les effets des différents régimes matrimoniaux, sont purement déclaratives de la volonté présumée des parties, et qu'ainsi les avantages que, dans telle ou telle situation, la loi assure à la femme sur les biens du mari, doivent, de même que les pouvoirs que, sous certains régimes, elle confère à ce dernier sur les biens personnels de la femme, être considérés comme écrits dans le contrat de mariage.

[18] La femme ne jouit, pour les droits et avantages de cette espèce, comme pour sa part ordinaire dans la communauté, que du privilége de copartageante. Cpr. les arrêts cités à la note suivante. Voy. cependant Duranton, XX, 23.

n'a-t-elle pas d'hypothèque légale pour sa part de communauté[19].

Quant aux avantages assurés à la femme sur les biens du mari, l'hypothèque légale s'y attache, peu importe qu'ils soient actuels ou éventuels, et qu'ils aient pour objet des biens présents ou des biens à venir. Ainsi, l'hypothèque légale garantit non-seulement l'exécution de donations pures et simples, ou de gains de survie portant sur des biens présents[20], mais encore l'effet d'une institution contractuelle, ou de la donation d'une somme à prendre sur les valeurs les plus claires de la succession du mari[21]. Toutefois,

[19] Pont, n° 435 *in fine*. Paris, 3 décembre 1836, Sir., 37, 2, 273. Req. rej., 15 juin 1842, Sir., 42, 1, 631. Bordeaux, 2 mars 1848, Sir., 48, 2, 349 Civ. rej., 9 janvier 1855, Sir., 55, 1, 125. Nîmes, 24 mars 1859, Sir., 59, 2, 203. Bastia, 25 janvier 1862, Sir., 62, 2, 453.

[20] Douai, 20 août 1835, Sir., 36, 2, 34. Req. rej., 16 mai 1855, Sir., 55, 1, 490. Toulouse, 24 mai 1855, Sir., 55, 2, 491. Riom, 12 novembre 1856, Sir., 57, 2, 183. Req. rej., 27 décembre 1859. Dalloz, 1860, 1, 195.

[21] Voy. en sens contraire : Pont, n° 438. Cet auteur pose en principe que les seules dispositions auxquelles puisse s'attacher l'hypothèque légale, sont celles qui, en conférant à la femme un avantage certain et définitif, la constituent immédiatement créancière de son mari ; et il se trouve, par là même, conduit à refuser à la femme toute hypothèque légale en raison d'une institution contractuelle, ou d'une donation quelconque de biens à venir. Voy. dans le même sens : Rouen, 11 juillet et 20 décembre 1856, Sir., 57, 2, 359 et 361. Mais la formule que donne cet auteur restreint arbitrairement le sens des mots *conventions matrimoniales* de l'art. 2135, et la portée du principe posé par l'art. 2121. Il est vrai que l'institution contractuelle, laissant à l'instituant la faculté d'aliéner ses biens à titre onéreux, ou de les grever d'hypothèques, il ne pourra jamais être question pour la femme au profit de laquelle une pareille disposition a été faite, d'exercer son hypothèque légale sur les biens aliénés par son mari à titre onéreux, ni au préjudice des créanciers hypothécaires de ce dernier. Req. rej., 16 mai 1855, Sir., 55, 1, 490. Mais rien ne s'oppose à ce que, dans le cas où le mari aurait abusivement disposé à titre gratuit de valeurs comprises dans l'institution, la femme exerce, à l'encontre des créanciers chirographaires, son hypothèque sur les immeubles existants, et nous ne voyons aucun motif plausible pour lui refuser cette garantie. L'institution contractuelle lui avait conféré, sur les biens de son mari, un droit irrévocable quant au titre, et auquel il ne pouvait porter atteinte par des dispositions à titre gratuit. Or quand, au mépris de l'institution, le mari dispose à titre gratuit d'objets qui s'y trouvent compris, ce fait donne naissance, en faveur de la femme, à une action éventuelle en indemnité ou en dommages-intérêts, action à laquelle s'attache l'hypothèque légale. Des observations analogues s'appliquent à la donation d'une somme à prendre, au décès du mari, sur le plus clair et net de ses biens. Voy. en ce sens : Duranton, XX, 27 ; Req. rej., 19 août 1840, Sir., 40, 1, 849. Cet arrêt, qui a précisément statué sur une espèce où le mari avait disposé à titre gratuit d'objets compris dans l'institution, décide qu'en pareil cas, la femme jouit tout à la fois

la femme ne peut, à raison de dispositions de cette dernière espèce, exercer son hypothèque que sur les biens restés en la possession du mari, libres d'affectations hypothécaires, sans être admise, ni à rechercher les acquéreurs des immeubles qu'il a aliénés à titre onéreux, ni à contester l'efficacité ou la priorité de rang des hypothèques acquises sur lui[22].

Les avantages éventuels que la loi, en l'absence de toute stipulation, confère à la femme survivante sur les biens du mari, devant être réputés écrits dans le contrat de mariage, et se trouvant ainsi faire partie des conventions matrimoniales, on doit en conclure que, sous le régime de la communauté, comme sous celui de la dot, la femme jouit de l'hypothèque légale pour les frais du deuil du mari[23], et que, sous le régime dotal, elle en jouit également pour les aliments qu'elle est en droit d'exiger durant l'année de deuil, en renonçant, pendant le même temps, aux intérêts de sa dot[24].

de l'action révocatoire quant aux objets existant entre les mains des tiers donataires, et de son hypothèque sur les immeubles laissés par le mari.

[22] Civ. rej., 4 février 1835, Sir., 35, 1, 507. Req. rej., 16 mai 1855, Sir., 55, 1, 490. Cpr. aussi : Civ. cass., 22 mars 1841, Sir., 41, 1, 298.

[23] Il n'est pas douteux que la femme survivante n'ait hypothèque légale pour son deuil, lorsqu'il a été formellement stipulé au contrat de mariage qu'elle aurait droit à des habits de deuil, en cas de survie à son mari. Riom, 20 juillet 1853, Sir., 54, 2, 607. Or, qu'importe que la créance de la femme pour les frais de son deuil résulte d'une stipulation expresse du contrat de mariage, ou d'une clause légalement suppléée ou sous-entendue? ***Eadem est vis taciti atque expressi consensus.*** Proudhon, ***De l'usufruit***, I, 212. Toulouse, 6 décembre 1824, Sir., 26, 2, 106. Civ. rej., 29 août 1838, Sir., 38, 1, 769. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Deuil, § 1, n° 8; Toullier, XIII, 269; Benoît, ***De la dot***, II, 25; Troplong, II, 418 ***bis;*** Pont, n° 437; Bordeaux, 25 janvier 1858, Sir., 58, 2, 410. On dit, à l'appui de cette dernière opinion, que, si la créance de la femme a pris naissance à l'occasion du mariage, elle ne se rattache cependant pas aux conventions matrimoniales. Mais en raisonnant ainsi, on méconnaît le caractère purement déclaratif des art. 1481 et 1570, dont les dispositions constituent au profit de la femme un droit éventuel, réputé écrit dans le contrat de mariage. M. Pont, en particulier, rejette l'hypothèque légale par le motif que la femme jouissant pour son deuil du privilége général des frais funéraires, elle n'a pas besoin du secours de cette hypothèque. Nous avons combattu son opinion, quant à l'existence du privilége. Voy. § 260, texte n° 2 et note 10. Mais, cette opinion dût-elle être admise, il serait toujours bien inexact de dire, que le privilége général établi par le n° 2 de l'art. 2101 rend l'hypothèque légale sans objet pour la femme.

[24] Voy. les arrêts cités à la note précédente. Il serait difficile de ne pas voir dans l'option que l'art. 1570 accorde à cet égard à la femme, un complément des conventions matrimoniales dont l'ensemble constitue le régime dotal.

La femme est autorisée à exercer l'hypothèque légale pour l'indemnité des dettes contractées avec le mari, par cela seul qu'elle se trouve valablement engagée pour lui.

La circonstance que le mari commerçant serait tombé en faillite, et que les obligations en raison desquelles la femme réclame une indemnité, auraient été contractées depuis l'époque à laquelle a été fixée la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui l'ont précédée, ne ferait point, en général, obstacle à l'exercice de l'hypothèque légale. Il en serait cependant autrement, s'il s'agissait d'engagements pris par la femme, en pleine connaissance de cause, au profit de créanciers antérieurs du mari, et avec l'intention d'améliorer leur position. Dans ce cas, la femme, quoique valablement obligée envers ceux-ci, ne pourrait faire valoir son hypothèque légale au préjudice des autres créanciers de la masse[25].

[25] Le dernier alinée de l'art. 446 du Code de commerce, qui ne fait mention que des hypothèques conventionnelles et judiciaires, est, d'après son texte même, étranger aux hypothèques légales. La disposition qu'il renferme ne saurait, sous prétexte d'analogie, être étendue à l'hypothèque légale dont la femme jouit comme garantie de l'indemnité des dettes contractées avec son mari, par cela seul qu'elle se serait engagée envers un créancier antérieur de ce dernier, si d'ailleurs elle l'avait fait de bonne foi, et dans l'unique vue de lui procurer des ressources. Le bénéfice de cette hypothèque légale ne devrait lui être refusé que dans le cas où elle se serait obligée avec l'intention de favoriser un ou plusieurs créanciers du mari au détriment des autres. Renouard, *Des faillites*, I, p. 364. Demangeat, sur Bravard, *Traité de droit commercial*, V, p. 242 à la note. Req. rej., 7 novembre 1848, Sir., 49, 1, 121. Req. rej., 15 mai 1850, Sir., 50, 1, 609. Colmar, 20 novembre 1855, Sir., 56, 2, 580. Douai, 29 janvier 1857, Sir., 57, 2, 402. Civ. rej., 25 juillet 1860, Sir., 61, 1, 93. Civ. cass., 24 décembre 1860, Sir., 61, 1, 538 Voy. en sens contraire : Nancy, 4 août 1860, Sir., 61, 2, 119; Coin-Delisle, *Revue critique*, 1853, III, p. 221 et suiv.; Pont, nº 447. Ces auteurs enseignent que l'engagement contracté par la femme du failli pendant la période de temps que l'art. 446 considère comme suspecte, et au profit d'un créancier antérieur, est en soi entaché d'une nullité susceptible d'être opposée par les autres créanciers, et qu'ainsi il n'y a pas lieu d'examiner si, en raison d'un pareil engagement, la femme a droit à une indemnité emportant hypothèque légale. Ils prétendent trouver le principe de cette nullité dans l'incapacité légale où serait, selon eux, le commerçant, d'autoriser sa femme à s'obliger en faveur d'un de ses créanciers, et dans la nullité de l'autorisation que de fait il a donnée. Mais il y a dans cette solution une méprise qui tient à des idées inexactes sur le caractère et les conditions de validité de l'autorisation maritale. La faillite, même déclarée, n'enlève pas au mari le droit ou le pouvoir de donner à la femme l'autorisation de s'obliger; à plus forte raison conserve-t-il ce pouvoir intact jusqu'à la déclaration de la faillite. D'un autre côté, rien n'empêche que la femme d'un commerçant ne puisse, par forme de cautionnement ou de coobligation solidaire, s'engager au profit de l'un ou de plu-

3° L'hypothèque de la femme mariée, qui frappe, de sa nature, tous les immeubles présents et à venir du mari, n'affecte définitivement que ceux dont il est devenu propriétaire incommutable. Si une acquisition faite par le mari se trouvait soumise à une condition résolutoire, l'événement de cette condition ferait, en général, évanouir rétroactivement l'hypothèque de la femme. Arg. art. 2125. Les art. 952 et 1054 apportent cependant à cette règle une double modification[26].

Sous le régime de la communauté, légale ou conventionnelle, l'hypothèque de la femme frappe, en principe, les conquêts de communauté, comme les immeubles propres du mari[27]. Mais les effets de cette hypothèque sont plus ou moins complets en ce qui concerne les conquêts, suivant que la femme renonce à la communauté, ou qu'elle l'accepte.

La renonciation, par suite de laquelle la femme est à considérer

sieurs des créanciers de son mari. Un pareil engagement devrait, sans doute, être annulé à la demande de la femme elle-même, s'il avait été le résultat d'une violence exercée sur elle, ou d'un dol pratiqué à son préjudice par son mari et le créancier envers lequel elle s'est obligée ; mais, quant aux autres créanciers du mari, ils seraient évidemment non recevables à attaquer cet engagement, sous prétexte, soit du défaut d'autorisation valable, soit de vices invalidant le consentement de la femme. Pour eux, tout se réduit à savoir si le recours que la femme elle-même, ou le créancier envers lequel elle s'est obligée, voudrait exercer contre la masse, se trouve ou non garanti par l'hypothèque légale ; et cette question ne semble pouvoir se résoudre qu'au moyen de la distinction indiquée au texte.

[26] Cpr. § 696, texte n° 3 et notes 58 à 62 ; § 700, texte et notes 18 à 20.

[27] La question de savoir si, sous le régime de communauté, l'hypothèque légale de la femme s'étend aux conquêts, et dans quelle mesure elle les affecte, a fait naître de graves dissidences. La proposition énoncée au texte, comme formant le point de départ de la théorie que nous allons développer, se justifie par les considérations suivantes. Au regard des tiers, et abstraction faite des droits de la femme au cas d'acceptation, les conquêts sont, durant la communauté, censés former partie intégrante du patrimoine du mari, de telle sorte qu'à la dissolution de celle-ci, il les conserve comme lui ayant toujours appartenu, soit en totalité, soit au moins pour la part qui lui en restera après le partage. En d'autres termes, ces biens ne lui passent pas à titre nouveau, et il les garde *jure non decrescendi*, comme disent nos anciens auteurs. Voy. Pothier, *De la Communauté*, n° 568. Cpr. aussi Loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1, n° 1 ; Loi du 28 avril 1816, art. 44, n° 10 ; Code Nap., art. 1475. D'un autre côté, la femme, en tant que créancière de son mari, est, elle aussi, à considérer comme un tiers à son égard ; et à moins que l'on ne veuille lui faire une position pire qu'aux autres créanciers, il faut bien qu'elle puisse, comme eux, acquérir hypothèque sur les conquêts.

comme n'ayant jamais engagé son patrimoine dans une société de biens avec le mari, efface, quant à l'hypothèque légale, toute différence entre les conquêts et les autres immeubles de ce dernier. Il en résulte que la femme qui a renoncé, peut exercer son hypothèque légale sur les conquêts aliénés par le mari seul, quoique durant la communauté; et cela, dans le cas même où il s'agirait de biens que le mari avait achetés, non pour les conserver, mais dans un but de spéculation et pour les revendre. Il en résulte, d'un autre côté, que cette hypothèque remonte, sur les conquêts, à la même date que sur les autres immeubles du mari, et prime ainsi les hypothèques constituées ou acquises postérieurement à cette date[28].

L'acceptation de la communauté produit une situation toute différente. La femme qui accepte étant censée avoir toujours été commune en biens, et avoir été ainsi représentée par son mari

[28] Voy. dans le sens de ces solutions : Renusson, *De la Communauté*, part. II, ch. III, nº 47, Lebrun, *De la Communauté*, p. 501; Pothier, *De la Communauté*, nº 568; Toullier, XII, 305; Grenier, I, 248; Duranton, XIV, 516 et XIX, 330; Troplong, II, 433 *ter*; Pont, nºs 521 et 524; Angers, 26 août 1812, Sir., 13, 2, 38; Civ. cass., 8 novembre 1813, Sir., 20, 1, 120; Paris, 12 décembre 1816, Sir., 17, 2, 228; Orléans, 14 novembre 1817, Sir., 19, 2, 216; Civ. cass., 9 novembre 1819, Sir., 20, 1, 118; Rouen, 11 mars 1846, Sir., 46, 2, 503. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 165; Persil, *Quest. hypoth.*, I, p. 235; Valette, p. 258. Ces auteurs soutiennent que, même au cas de renonciation, la femme ne peut exercer son hypothèque légale sur les conquêts, au préjudice des tiers acquéreurs, ou des créanciers qui durant le mariage ont acquis des droits hypothécaires sur le mari. A l'appui de cette opinion, on dit que la renonciation a bien pour effet de dégager la femme de ses obligations comme commune en biens, mais qu'elle ne saurait faire disparaître rétroactivement le fait même de l'existence de la communauté, et qu'elle n'empêche pas que la femme ne doive être considérée comme ayant été représentée dans les actes relatifs aux biens communs. Cette théorie, qui au premier aspect peut paraître spécieuse, implique contradiction et se refute par quelques réflexions fort simples. Si, malgré la renonciation, la femme devait toujours être considérée comme ayant été représentée dans les actes passés par le mari, ne serait-elle pas tenue des engagements résultant de ces actes? Et se comprend-il qu'elle soit obligée de respecter ces actes, comme y ayant été représentée par son mandataire légal, sans cependant être tenue des engagements qui en dérivent? Nous ajouterons, et cette considération serait à elle seule déterminante, que le système que nous combattons, ne tendrait à rien moins qu'à faire à la femme commune en biens une position pire que celle des autres créanciers, en lui enlevant toute possibilité d'acquérir sur les conquêts une hypothèque remontant, pour ses différentes créances, aux dates respectives fixées par l'art. 2135, alors que l'art. 2121 lui accorde cette hypothèque sur tous les biens présents et à venir du mari.

dans tous les actes d'administration ou de disposition relatifs aux biens communs, son hypothèque sur les conquêts subit nécessairement l'influence de sa qualité de commune en biens et des conséquences qui découlent de ces actes. On doit en conclure, d'une part, que la femme qui a accepté la communauté, n'est pas recevable à exercer son hypothèque légale sur les conquêts aliénés par le mari durant la communauté, et, d'autre part, qu'elle se trouve primée par les hypothèques acquises sur lui pendant le même temps [29].

[29] Troplong, II, 433 *ter* et *Du contrat de mariage*, III, 1646. Duranton, XIX, 329. Req. rej., 16 février 1841, Sir., 41, 1, 550. Colmar, 1er mars 1855, Sir., 56, 2, 577. Voy. en sens contraire Pont, nos 526 et 529. Cet auteur, qui se fonde sur l'autorité de Bacquet (*Droits de justice*, ch. XV, no 42), de Bourjon (*Droit commun de France; De la communauté de biens entre conjoints*, part. VII, ch. II, sect. 10, no 136), et de Pothier (*De la communauté*, no 757), argumente ainsi: La femme créancière de reprises ou d'indemnités reste en cette qualité, et malgré l'acceptation de la communauté, un tiers à l'égard du mari. D'un autre côté, elle peut, pour rendre sa position égale à celle des autres créanciers, faire abstraction de son droit de copropriété sur les conquêts, et les considérer comme appartenant exclusivement à ce dernier. Ces données conduisent à reconnaître que la femme, dont les droits et créances sont garantis par une hypothèque qui s'étend à tous les immeubles du mari, est en droit d'exercer, même contre les tiers acquéreurs ou créanciers, son hypothèque légale sur les conquêts, comme sur les immeubles personnels du mari. Les prémisses de ce raisonnement sont exactes, et il en résulte bien que, même au cas d'acceptation de la communauté, l'hypothèque légale de la femme s'étend en principe aux conquêts; mais M. Pont a tort d'en conclure que la femme est autorisée à l'exercer au détriment des tiers mêmes qui, durant la communauté, ont valablement acquis des droits de propriété ou d'hypothèque sur ces biens. Cette conclusion est exagérée et fausse, en ce qu'elle ne tient pas compte des conséquences que l'acceptation de la communauté entraîne forcément pour la femme, quant aux actes passés par le mari et aux condamnations prononcées contre lui. En effet, la femme qui accepte, est censée avoir été représentée par le mari dans les actes et jugements relatifs aux biens communs. Ils lui profitent et lui sont opposables, comme si elle y avait figuré ou concouru en personne; et si elle n'est tenue des dettes qui en dérivent, que jusqu'à concurrence de son émolument, lorsqu'il y a eu bon et fidèle inventaire, c'est là un bénéfice, dont l'objet tout spécial n'a aucun rapport à la question que nous examinons. Il est certain que la femme, commune en biens, qui serait intervenue dans un acte de constitution hypothécaire sur des conquêts, voudrait en vain exercer son hypothèque légale sur ces biens au détriment du créancier auquel ils ont été affectés, et ne trouverait dans l'art. 1483 aucun secours à l'appui d'une pareille prétention; c'est ce que M Pont reconnaît lui-même (no 529). Or, à notre avis, le concours légalement présumé de la femme aux actes concernant les biens communs doit, sous ce rapport, produire le même effet qu'une intervention réelle. Le système contraire nous paraît incompatible avec les pouvoirs

Mais la femme, malgré son acceptation de la communauté, peut exercer son hypothèque contre les tiers au profit desquels le mari n'aurait aliéné ou hypothéqué des conquêts que depuis la dissolution de la communauté[30]. Elle est également en droit de la faire valoir au préjudice des créanciers simplement chirographaires, soit du mari, soit de la communauté, à la charge, bien entendu, de contribuer au paiement de ces derniers dans la mesure déterminée par la loi[31].

Les conquêts qui, par suite du partage de la communauté, ont été attribués à la femme, doivent être considérés comme n'ayant jamais été grevés de son hypothèque légale, de telle sorte que les créanciers qu'elle y a subrogés, ne peuvent faire valoir sur ces biens aucun droit hypothécaire, au préjudice de ses autres créanciers ou des tiers détenteurs[32].

Lorsque, avant la dissolution de la communauté, un ordre est ouvert sur le mari pour la distribution du prix de conquêts par lui aliénés, ou expropriés sur lui, la femme est admise à faire valoir

qui appartiennent au mari, comme chef de la communauté, en vertu du mandat que la femme, commune en biens, est censée lui avoir donné, lorsqu'elle conserve définitivement cette qualité. — La double proposition énoncée au texte ne serait pas complétement applicable au cas d'une société d'acquêts stipulée accessoirement au régime dotal. Sous ce régime, la femme peut, pour ses reprises dotales, faire valoir son hypothèque légale sur les immeubles dépendants de la société, encore qu'elle l'ait acceptée, et que l'exercice de cette hypothèque doive préjudicier aux créanciers envers lesquels elle s'est obligée conjointement avec son mari. Cpr. § 541 *bis*, texte, notes 3 et 7.

[30] Cette proposition, qui ne paraît pas contestable, prouve, ainsi que nous l'avons énoncé, que l'hypothèque légale de la femme s'étend, de sa nature et en principe, aux conquêts de communauté, comme aux immeubles propres du mari.

[31] Nous partageons à cet égard l'opinion de M. Pont (n° 521).

[32] Duranton, XIX, 328. Req. rej., 1er août 1848, Sir., 48, 1, 727. Cpr. civ. rej., 4 février 1856, Sir., 56, 1, 225. — M. Pont (n° 522) soutient le contraire, en disant que le cessionnaire d'une hypothèque ne saurait perdre son droit par cela seul que le cédant devient propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Mais cette raison, tout exacte qu'elle est en elle-même, ne justifierait cependant la thèse à l'appui de laquelle on la fait valoir, qu'autant qu'on admettrait en même temps, que, malgré l'éventualité du partage, et quels qu'en soient les résultats, l'hypothèque légale de la femme frappe définitivement et irrévocablement tous les conquêts dès l'instant de leur acquisition. Or une pareille supposition nous paraît inadmissible, puisque nul ne peut acquérir hypothèque sur sa propre chose, et que la femme qui, de l'aveu même de M. Pont (n° 521), était, dès avant la dissolution de la communauté, copropriétaire des biens communs, est censée avoir été, dès leur acquisition, propriétaire exclusive des conquêts tombés dans son lot.

son hypothèque légale, mais à titre provisoire seulement, et par forme de mesure conservatoire. Ainsi, elle aura droit d'être colloquée comme s'il s'agissait de la distribution du prix d'immeubles propres du mari [33]; mais cette collocation ne pourra être qu'éventuelle, et ne sera accordée qu'à la charge de la consignation des fonds, pour être délivrés à la femme, si elle renonce à la communauté, et aux créanciers colloqués après elle, si elle l'accepte[34]. Les créanciers subrogés dans l'hypothèque légale de la femme, jouissent à cet égard, et en leur propre nom, des mêmes droits que cette dernière; et quant aux créanciers non subrogés, ils peuvent, du chef de leur débitrice, et en sous-ordre, réclamer la collocation éventuelle qu'elle serait elle-même autorisée à demander.

Que si le mari était tombé en faillite ou en déconfiture[35], les créanciers de la femme, subrogés ou non subrogés à son hypothèque légale[36], seraient fondés, malgré la continuation de la

[33] Voy. sur les créances pour lesquelles la femme ou ses créanciers en son nom peuvent obtenir collocation, dès avant la dissolution de la communauté et le règlement définitif de ses droits et reprises : § 295.

[34] Cet expédient est commandé par la position de la femme qui ne peut, avant la dissolution de la communauté, ni l'accepter, ni la répudier. D'une part, en effet, ce n'est qu'après la renonciation à la communauté qu'il deviendra certain que l'hypothèque légale de la femme doit, sur le prix des conquêts, primer celles des autres créanciers; et d'autre part, on ne pourrait répartir provisoirement entre ces derniers le prix à distribuer, sans sacrifier ou compromettre les droits de la femme. Rouen, 11 mars 1846, Sir., 46, 2, 503. Lyon, 7 avril 1854, Sir., 54, 2, 577. Bastia, 25 janvier 1862, Sir., 62, 2, 453.

[35] Le fait même de l'ouverture d'un ordre sur le mari constituerait-il une preuve suffisante de sa déconfiture? Nous ne le pensons pas : quand l'ordre a lieu à la suite d'une expropriation forcée, la déconfiture du mari sera constatée par cette poursuite, plutôt que par la procédure d'ordre; et quand, au contraire, l'ordre est ouvert par suite d'une aliénation volontaire, il ne prouve pas suffisamment la déconfiture du mari, qui peut très-bien se trouver encore *in bonis*.

[36] L'art. 1446 ne distingue pas entre les créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme et les créanciers non subrogés. Une pareille distinction eût été contraire au motif sur lequel repose la disposition de cet article. Cpr. § 516, texte n° 1 et notes 3 à 5. — Il existe cependant, quant à l'exercice du droit dont s'agit, une différence notable entre les créanciers de la femme seule et ceux au profit desquels elle s'est obligée solidairement avec le mari. Ceux-ci sont toujours admis à exercer, pour le montant de leur créance, l'hypothèque légale à la date de l'obligation contractée par la femme, sans être tenus d'établir qu'il lui est dû des reprises, cette obligation donnant par elle-même ouverture à une indemnité garantie par l'hypothèque légale. Les premiers, au contraire, sont tenus d'établir l'existence, dans la personne de la femme, de droits ou

communauté entre les époux, à réclamer, soit en leur propre nom, soit du chef de leur débitrice, suivant la distinction précédemment indiquée, des collocations définitives dans l'ordre ouvert sur le mari, pour la distribution du prix d'immeubles conquêts, comme ils y seraient autorisés, s'il s'agissait du prix d'immeubles propres de ce dernier[37]. Ils pourraient également, au cas de purge portant sur des conquêts aliénés par le mari, user de la faculté de surenchérir[38].

4° La loi accorde aux futurs époux la faculté de réduire, au moyen d'une déclaration insérée au contrat de mariage, l'hypothèque légale à un ou plusieurs immeubles désignés. Cette faculté toutefois ne leur appartient qu'autant que la future épouse[39] est déjà majeure au moment de la passation du contrat de mariage. Art. 2140[40]. Ils en jouissent, quel que soit le régime matrimonial

reprises contre le mari, à concurrence de la somme pour laquelle ils entendent exercer son hypothèque légale.

[37] Arg. art. 1446. Il peut paraître singulier que le droit des créanciers de la femme soit, en pareil cas, plus énergique que le droit de la femme elle-même, et que, tandis qu'elle n'aurait à réclamer sur le prix des conquêts, qu'une collocation simplement éventuelle, ils puissent, eux, demander des collocations définitives. Cette singularité apparente trouve son explication dans le motif sur lequel est fondée la disposition du second alinéa de l'art. 1446. Cette disposition, qui forme le correctif de la défense faite aux créanciers de la femme de provoquer la séparation de biens, a pour objet de les protéger contre la négligence de leur débitrice, ou ses ménagements envers le mari. Elle se comprend d'autant mieux que la faillite ou la déconfiture de ce dernier est pour la femme comme une mise en demeure de poursuivre la séparation de biens ; si elle s'abstient de le faire, il ne faut pas que son abstention, quels qu'en soient les motifs, puisse compromettre les intérêts de ses créanciers. Orléans, 24 mai 1848, Sir., 50, 2, 145. Paris, 30 juin 1853, Sir., 55, 2, 177. Orléans, 12 juillet 1854, Sir., 54, 2, 561. Colmar, 20 novembre 1855, Sir., 56, 2, 580. Civ. rej., 4 février 1856, Sir., 56, 1, 225.

[38] Il a même été jugé que les créanciers de la femme sont, au cas de faillite ou de déconfiture du mari, recevables à exercer la poursuite hypothécaire contre les tiers détenteurs de conquêts par lui aliénés. Metz, 20 janvier 1859, Sir., 60, 2, 367.

[39] En disant *les parties majeures*, l'art. 2140 semble exiger la majorité des *deux* époux ; cependant il n'existe aucune raison qui rende nécessaire, ou même simplement utile et désirable, la condition de majorité dans la personne du mari. Grenier, I, 269. Persil, sur l'art. 2140, n° 4. Troplong, II, 636. Pont, n° 551.

[40] La disposition de l'art. 2140 qui n'autorise la réduction conventionnelle de l'hypothèque, qu'autant que la future épouse est majeure, contient une dérogation à la règle générale posée par l'art. 1398. Cpr. § 302, texte n° 3 et note 21. Merlin, *Rép.*, v° *Insc. hypoth.*, § 3, n° 18. Persil, sur l'art. 2140. Grenier, I, 269. Troplong, II, 637 *bis*. Duranton, XX, 56. Pont, n° 551. Civ. rej., 19 juillet

qu'ils adoptent. Ainsi, la femme mariée sous le régime dotal peut valablement consentir la réduction de l'hypothèque légale, même en ce qui concerne ses droits dotaux.

Rien n'empêche d'ailleurs que les époux, au lieu de spécialiser l'hypothèque en la réduisant à un ou à plusieurs immeubles déterminés, ne procèdent par voie de simple dégrèvement d'une partie des immeubles du mari[41].

Rien aussi ne s'oppose à ce qu'au lieu d'établir la réduction pour tous les droits de la femme indistinctement, ils la limitent à telles ou telles de ses créances, par exemple à la dot et aux conventions matrimoniales; et lorsqu'ils l'ont fait, l'hypothèque conserve sa généralité quant aux autres droits de la femme[42].

Il est expressément défendu aux futurs époux d'affranchir les immeubles du mari, d'une manière absolue, de l'hypothèque légale. Art. 2140. On devrait même regarder comme nulle la convention par laquelle, en réduisant l'hypothèque à certains immeubles, ils se seraient réservé la faculté d'en affranchir ces biens pendant le mariage, en la transportant sur d'autres immeubles d'une valeur jugée suffisante[43].

1820, Sir., 20, 1, 356. Caen, 15 juillet 1836, Sir., 37, 2 229. Lyon, 30 mai 1844, Sir., 44, 2, 449. Grenoble, 25 août 1847, Sir., 48, 2, 301. Voy. en sens contraire: Taulier, VII, p. 319; Paris, 10 août 1816, Sir., 17, 2, 94. — Cependant la femme mineure à laquelle ses père et mère constituent une dot, sous la condition de n'en réclamer le montant sur les biens du mari qu'après le paiement d'un créancier de ce dernier, peut valablement se soumettre à cette condition. Req. rej., 25 janvier 1859, Sir., 60, 1, 353.

[41] Cpr. § 264 *bis*, texte et note 15.

[42] Il appartient aux tribunaux d'apprécier, sous ce rapport, la portée de la convention ou déclaration de réduction. Pont, nº 547. Civ. rej., 18 août 1856, Sir., 56, 1, 872. Cpr. Paris, 29 mai 1819, Sir., 20, 2, 72.

[43] L'hypothèque légale des femmes mariées étant, comme celle des mineurs, établie dans un intérêt d'ordre public, les futurs époux seraient dans l'impossibilité absolue de la modifier, si la loi ne les y autorisait d'une manière formelle. D'où la conséquence que la faculté qui leur est accordée par l'art. 2140, doit être renfermée dans les limites déterminées par la loi. Or l'article précité permet bien aux futurs époux de réduire l'hypothèque à certains immeubles destinés à y rester affectés; mais elle ne les autorise pas à se réserver la faculté de modifier, pendant le mariage et par une nouvelle convention, l'assiette de l'hypothèque ainsi réglée. Une pareille réserve, qui imprimerait à l'hypothèque légale de la femme un caractère ambulatoire, et en livrerait le sort à la discrétion des époux pendant le mariage, constituerait de leur part une véritable usurpation de pouvoirs vis-à-vis de la loi. Elle serait d'ailleurs pleine de dangers pour la femme, qui pourrait, hors de la surveillance de sa famille, et sans les formalités protectrices que prescrit l'art. 2144, compromettre ses droits et reprises; à

L'hypothèque de la femme, quoique spécialisée par sa restriction à certains immeubles, n'en conserve pas moins son caractère d'hypothèque légale dispensée d'inscription [44].

L'hypothèque légale qui n'a pas été restreinte par le contrat de mariage à certains immeubles déterminés, peut encore être ré-

ce point de vue encore, elle est repoussée, si non par le texte même de cet article, du moins par son esprit. C'est donc, avec grande raison, que la Cour régulatrice (Civ. cass., 5 mai 1852, Sir., 52, 1, 189) a cassé un arrêt de la Cour de Grenoble (12 mars 1849, Sir., 49, 2, 385) qui, dans l'intérêt de la femme elle-même, avait déclaré valable en soi, et opposable aux tiers, la convention dont il s'agit. — Mais on peut hésiter sur le point de savoir si la nullité affecte uniquement la réserve accessoire de transporter ultérieurement l'hypothèque légale, des immeubles auxquels elle a été restreinte, à d'autres biens, et laisse ainsi subsister la convention principale de réduction, ou si, au contraire, la nullité s'attache à la clause tout entière, et doit avoir pour effet de faire considérer la réduction comme non avenue. Cette dernière solution est adoptée par M. Pont (n° 548), comme pouvant seule garantir d'une manière efficace les intérêts de la femme, et parce que, selon lui, la réserve ajoutée à la convention de réduction serait inséparable de celle-ci, dont elle formerait la condition essentielle. Voy. dans le même sens : *Observations de* M. Rodière (*Journal de Palais* 1855, 2, 546), et de M. Massé (Sir., 52, 1, 189). Nous trouvons préférable le premier système, en faveur duquel s'est prononcée la Cour de Lyon, par arrêt du 26 janvier 1854 (Sir., 54, 2, 245). La convention en litige présente en effet deux parties complétement distinctes : l'une par laquelle les futurs époux, en usant de la faculté que la loi leur accorde, déclarent réduire l'hypothèque légale à certains immeubles déterminés ; l'autre par laquelle ils entendent s'arroger le pouvoir d'en modifier l'assiette pendant le mariage. Or cette dernière réserve n'est ni une condition, ni même une modification du consentement donné par la femme à la réduction de son hypothèque légale ; et nous ne pensons pas que la nullité de cette réserve, stipulée à l'occasion de l'exercice d'une faculté légale, doive avoir pour conséquence d'entraîner la nullité de la réduction opérée en vertu de cette faculté, et de faire revivre, au préjudice des tiers acquéreurs ou créanciers, l'hypothèque légale sur les biens qui en avaient été affranchis. La femme ne pourrait évidemment contester la validité de la déclaration de réduction, si de fait elle n'avait pas ultérieurement consenti au déplacement de son hypothèque. Ce ne serait donc pas à raison de la nullité seule de la réserve stipulée accessoirement à cette déclaration, qu'on lui reconnaîtrait ce droit, mais bien parce qu'elle aurait eu la faiblesse ou l'imprudence de faire usage de cette réserve, et il n'est pas admissible que la femme puisse, par un fait de cette nature, porter atteinte aux droits des tiers. Il est du reste entendu que, malgré le consentement donné au déplacement de son hypothèque, et à la déclaration d'affranchissement des immeubles qui y étaient restés affectés, la femme conserverait toujours son gage légal sur ces immeubles ; c'est un point sur lequel on est d'accord dans les deux systèmes, et c'est tout ce qu'il est possible d'exiger ou d'admettre dans l'intérêt de la femme.

[44] Cpr. § 264 *bis*, texte et note 16.

duite pendant le mariage, à la demande du mari, mais seulement sous les conditions prescrites par l'art. 2144[45].

5° En cas de faillite du mari, et lorsqu'il était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou que, n'ayant pas alors d'autre profession, il est devenu commerçant dans l'année, l'hypothèque légale de la femme est, dans l'intérêt des créanciers de la masse, soumise à une double restriction par les art. 563 et 564 du Code de commerce[46]. Le dernier de ces articles refuse à la femme le bénéfice de l'hypothèque légale pour ses avantages matrimoniaux, de quelque nature qu'ils soient. Quant à l'art. 563, il limite l'exercice de l'hypothèque légale de la femme, pour ses reprises, remplois, ou indemnités, aux immeubles dont le mari était déjà propriétaire au jour de la célébration du mariage, ou qui lui sont échus depuis à titre de succession, de donation, ou de legs.

Dans l'esprit de l'art. 563, dont la disposition est fondée sur la présomption légale que les immeubles acquis à titre onéreux par le mari ont été payés des deniers des créanciers, on doit consi-

[45] Cpr. § 282.

[46] Ces articles ont remplacé les art. 549 à 553 du Code de commerce de 1807, dont ils ont corrigé ou tempéré, dans l'intérêt de la femme, certaines dispositions empreintes d'un excès de défiance ou de rigueur. C'est ainsi que l'art. 551 avait refusé à la femme le bénéfice de l'hypothèque pour les deniers et effets qui lui étaient advenus pendant le mariage, même par succession, donation, ou legs; et que, pour la dot, les remplois, ou indemnités, il en avait restreint l'exercice aux seuls immeubles dont le mari était propriétaire à l'époque de la célébration du mariage. Les modifications introduites sur ces points par la loi du 28 mai 1838, ont fait naître la question transitoire suivante : Lorsque le mariage a été célébré avant la promulgation de la loi de 1838, et que la faillite n'est survenue que depuis cette époque, l'étendue des droits hypothécaires de la femme est-elle réglée par le Code de commerce de 1807, ou par la loi de 1838? La question doit être résolue au moyen d'une distinction. La femme ne se trouve-t-elle en présence que de créanciers simplement chirographaires, ou même de créanciers hypothécaires, mais dont les hypothèques ne sont devenues efficaces qu'après la promulgation de la loi de 1838, elle est fondée à invoquer les nouvelles dispositions de cette loi. Au contraire, la femme est-elle en concours avec des créanciers qui ont des hypothèques devenues efficaces dès avant à la loi de 1838, son hypothèque restera, en ce qui les concerne, renfermée dans les limites fixées par le Code de commerce de 1807. Renouard, *Des faillites*, p. 454. Valette, p. 265, à la note. Pont, n° 534. Req. rej., 3 janvier 1844, Sir., 44, 1, 106. Req. rej,, 17 juillet 1844, Sir., 44, 1, 600. Cpr. cependant Bédarride, *Des faillites*, II, 990; Duranton, XIX, 299 *bis;* Lainné, *Des faillites*, p. 454. Ces auteurs, tout en s'attachant en principe à la distinction ci-dessus indiquée, émettent sur quelques points secondaires des opinions qui nous paraissent erronées.

dérer comme ayant ce caractère, et comme échappant, par suite, à l'hypothèque légale, d'une part, la mieux value résultant de constructions ou d'améliorations faites pendant le mariage sur des immeubles qui appartenaient au mari lors de sa célébration, ou qui lui sont advenus depuis à titre gratuit[47], et d'autre part, les acquisitions de portions indivises dans de pareils immeubles, lorsqu'il les a faites au moyen de ses deniers personnels[48]. Mais on ne devrait regarder comme acquis à titre onéreux, ni les immeubles attribués au mari par l'effet d'un partage, ni même les immeubles acquis sur licitation, si, ses cohéritiers ayant été remplis de leurs droits en valeurs héréditaires, il n'avait eu à leur payer aucune soulte ni retour[49].

L'application des art. 563 et 564 du Code de commerce est indépendante de la qualité prise par le mari dans le contrat de mariage, et se détermine uniquement d'après sa condition réelle à

[47] Renouard, *op. cit.*, I, p. 344. Bédarride, *op. cit.*, II, 1034. Pont, nº 535. Demangeat, sur Bravard, *Traité de droit commercial*, V, p. 566. Cpr. Esnault, *Des faillites*, III, 599. Voy. en sens contraire : Rouen, 29 décembre 1855, Sir., 57, 2, 753; Grenoble, 28 juin 1858. Sir., 59, 2, 249. Ces arrêts, dont la décision est uniquement fondée sur l'art. 2133, nous paraissent s'être mis en opposition avec le texte même, comme avec l'esprit de l'art. 563 du Code de commerce. En effet, quand le mari a fait élever d'importantes constructions sur un immeuble dont il était déjà propriétaire en se mariant, peut-on dire, dans le sens de cet article, que la valeur immobilière qu'il a créée aux dépens de ses créanciers, lui appartenait déjà à l'époque de son mariage?

[48] Esnault, *op. cit.*, III, 600. Demolombe, XVII, 328. Bertauld, *Revue critique*, 1864, XXIV, p. 392 et 393. Bourges, 2 février 1836, Sir., 37, 2, 465. Paris, 8 avril 1853, Sir., 53, 2, 565. Voy. en sens contraire : Pont, nº 536; Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, V, p. 565; Limoges, 14 mai 1853, Sir., 53, 2, 567; Grenoble, 5 août 1857, Sir., 58, 2, 633. Pour soumettre à l'exercice de l'hypothèque légale la totalité de l'immeuble dans lequel le mari n'avait primitivement qu'une part indivise, et ce, dans le cas même où il aurait acquis moyennant des deniers tirés de sa caisse les portions indivises de ses communistes, on invoque la disposition de l'art. 883; mais en appliquant à la solution de la question le principe posé par cet article, on lui donne une extension qu'il ne comporte point (cpr. § 625, texte nº 1 et notes 18 à 24), et l'on fait brèche à la disposition spéciale de l'art. 563 du Code de comm., au point de vue duquel il est impossible de considérer comme des immeubles échus au mari à titre de succession, les portions indivises qu'il a acquises à l'aide de deniers personnels.

[49] En pareil cas, il serait vrai de dire, même au point de vue spécial de l'art. 563 du Code de commerce, que les immeubles sont advenus au mari par succession, et il n'y aurait point à s'arrêter à la circonstance qu'il aurait reçu proportionnellement plus d'immeubles que ses cohéritiers. Cpr. art. 832 et 882. Mais c'est là tout ce qu'il est possible d'admettre dans l'intérêt de la femme.

l'époque de la célébration de l'union conjugale. Ainsi, il y a lieu à leur application par cela seul que le mari se livrait habituellement, à l'époque du mariage, à des opérations commerciales, bien qu'il n'ait pas pris dans le contrat de mariage la qualité de commerçant, ou que même il exerçât des fonctions légalement incompatibles avec la profession de négociant, par exemple celles de receveur des finances ou de notaire[50]. Mais réciproquement aussi la qualité de commerçant prise par le mari dans le contrat de mariage ne suffit point pour motiver l'application des articles précités, lorsque de fait il n'était pas commerçant, et qu'il ne l'est devenu que plus d'une année après la célébration du mariage[51].

L'existence de la faillite, c'est-à-dire de l'état de cessation de paiements, peut, indépendamment de tout jugement déclaratif de faillite, être constatée par le tribunal civil saisi d'une contestation relative à l'exercice de l'hypothèque légale de la femme[52]. Mais il est bien entendu, que ce tribunal ne pourra appliquer les art. 563 et 564 du Code de commerce, qu'en constatant formellement l'existence de la faillite du mari[53].

Les dispositions des articles précités restent applicables même après concordat ou contrat d'union[54]. La femme n'est donc pas admise à exercer son hypothèque légale, dans toute son étendue, au détriment, soit des créanciers hypothécaires du failli, soit de créanciers concordataires qui n'auraient pas encore touché leurs dividendes, soit enfin de créanciers de l'union qui ne seraient point complétement désintéressés; et il en serait ainsi, alors même

[50] Renouard, *op. cit.*, II, p. 340. Esnault, *op. cit.*, III, 589. Pont, nº 443. Req. rej., 5 juillet 1837, Sir., 37, 1, 923. Nîmes, 10 juillet 1851, Sir., 51, 2, 634.

[51] Renouard et Pont, *locc. citt.*, Besançon, 13 février 1856, Sir., 56, 2, 367.

[52] Renouard, *op. cit.*, II, p. 325. Bédarride, *op. cit.*, II, 993 et 994. Esnault, *op. cit.*, III, 594. Req. rej., 8 juin 1837, et Civ. rej., 7 mars 1836, Sir., 37, 1, 920 et 923. Civ. rej., 13 novembre 1838, Sir., 39, 1, 121. Grenoble, 28 août 1847, Sir., 48, 2, 469.

[53] Civ. cass., 28 décembre 1840, Sir., 41, 1, 31. — On doit conclure de la proposition énoncée au texte, que si le mari avait quitté le commerce, de sorte qu'au moment de sa déconfiture, il ne fût plus possible de le considérer comme commerçant failli, l'hypothèque légale de la femme ne serait soumise à aucune restriction. Req. rej., 11 avril 1858, Sir., 58, 1, 670.

[54] Esnault, *op. cit.*, III, 595. Lainé, *Des faillites*, p. 455. Bédarride, *op. cit.*, II, 996. Massé, *Droit commercial*, II, 1350. Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, V, p. 567. Nîmes, 4 mars 1828, Sir., 30, 2, 357. Civ. cass., 1er décembre 1858, Sir., 59, 1, 113.

qu'il s'agirait d'immeubles acquis par le mari depuis le concordat ou la dissolution de l'union [55].

D'un autre côté, les restrictions apportées pour le cas de faillite du mari à l'hypothèque légale de la femme, s'appliquent non-seulement aux immeubles qui se trouvaient encore, au moment de la faillite, en la possession de ce dernier, mais même à ceux qu'il avait antérieurement aliénés, de telle sorte que la femme ne peut agir par voie hypothécaire contre les tiers détenteurs de ces immeubles [56].

6° L'hypothèque légale des femmes mariées n'a pas, comme celle des mineurs et des interdits, un point de départ invariable. L'effet en remonte à des dates différentes, selon la nature des droits qu'elle est destinée à garantir, et les époques auxquelles ils ont pris naissance [57].

Le n° 2 de l'art. 2135 a pour objet spécial de fixer le rang hypothécaire des divers droits et créances de la femme; mais les dispositions qu'il renferme sont loin d'être complètes.

[55] Telles sont, à notre avis, les seules conséquences qu'on puisse tirer du principe vrai en soi, que ni le concordat, ni la dissolution de l'union ne font cesser l'état de faillite : nous ne pensons pas qu'après paiement intégral des créanciers hypothécaires du failli, et, qu'après satisfaction complète des créanciers de l'union, ou acquittement des dividendes promis par le concordat, le mari lui-même ou ses nouveaux créanciers puissent, sous le prétexte que l'état de faillite ne cesse que par la réhabilitation, invoquer encore contre la femme les restrictions établies par les art. 563 et 564 du Code de commerce. Massé, *op. et loc. citt.* Voy. cependant Demangeat, *op. et loc. citt.*

[56] En effet, la disposition de l'art. 563 est générale, et n'admet aucune distinction entre les deux catégories d'immeubles indiquées au texte. D'un autre côté, l'action hypothécaire que dirigerait la femme contre les tiers détenteurs d'immeubles aliénés par le mari, donnerait ouverture à un recours en garantie de la part de ces derniers, et ce recours tournerait nécessairement au détriment de la masse. Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, V, p. 566 et 567. Agen, 22 juillet 1859, Sir., 60, 2, 86.

[57] Dans notre ancien Droit, et sauf les dispositions plus ou moins divergentes de quelques coutumes, celles de Normandie et de Bretagne par exemple, l'hypothèque légale prenait rang du jour du contrat de mariage ou de celui de la célébration du mariage, même quant au remploi de propres aliénés, et quant aux indemnités pour dettes contractées par la femme avec son mari. Les femmes, mariées sous l'empire de ces principes, ont conservé leur hypothèque à la date du contrat de mariage ou du mariage, même pour les aliénations et les obligations consenties depuis la promulgation du Code Napoléon. Chabot, *Questions transitoires*, v° Hypothèques, § 3. Troplong, II, 630. Pont, n^os^ 755 et 759. Civ. cass., 12 août 1834, Sir., 34, 1, 693. Civ. cass., 26 janvier 1836, Sir., 36, 1, 99. Voy en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Effet rétroactif, sect. III, § 3, art. 2; Grenier, I, 259; Civ. rej., 7 mai 1816, Sir., 17, 1, 145.

Aux termes de cet article, la femme a hypothèque pour sa dot et ses conventions matrimoniales à compter du jour du mariage[58].

Toutefois, et en vertu d'une dérogation spéciale à ce principe[59],

[58] Sous le Droit ancien, l'hypothèque légale de la femme remontait même au delà du jour de la célébration du mariage, et jusqu'à la date du contrat de mariage, lorsque ce contrat avait été passé en forme authentique. Cette jurisprudence, qui se rattachait au principe d'après lequel les actes notariés emportaient de plein droit hypothèque générale pour l'exécution des conventions y consignées, ne devait pas être reproduite par le Code Napoléon. Aussi l'art. 2135, nº 2, a-t-il fixé la date de l'hypothèque, pour la dot et les conventions matrimoniales, au jour de la célébration du mariage, sans distinguer entre le cas où les époux ont fait rédiger par écrit leurs conventions matrimoniales et celui où ils se sont mariés sans contrat de mariage. On a cependant voulu soutenir, en se fondant sur les termes de l'art. 2194 *qui auront le même effet que si elles avaient été prises le jour du contrat de mariage*, que les rédacteurs du Code ont entendu maintenir la distinction établie entre ces deux cas par l'ancienne jurisprudence. Mais, outre que les termes *contrat de mariage* pourraient, à la rigueur, s'entendre *de l'acte de célébration du mariage*, et qu'en tout cas l'induction qu'on en tire n'est pas absolument certaine, il faut reconnaître que la disposition qui aurait reporté l'hypothèque à la date du contrat de mariage, eût manqué de toute raison d'être sous l'empire d'une législation qui n'attache plus d'hypothèque générale aux actes notariés. D'un autre côté, une pareille disposition eût été inconciliable avec le principe de la publicité des hypothèques, principe auquel le Code n'a dérogé en faveur des femmes mariées qu'en raison de la publicité, réelle ou légalement présumée, qui entoure la célébration du mariage, mais qui n'existe point pour le contrat de mariage. Ajoutons que les règles d'une bonne interprétation ne permettent pas de voir dans l'art. 2194, qui, en réglant la manière de purger l'hypothèque de la femme, ne parle qu'accidentellement de l'époque à laquelle elle remonte, une modification ou une dérogation à l'art. 2135, dont l'objet principal et direct a été précisément d'en fixer la date pour les différentes créances de la femme. Persil, sur l'art. 2135, § 2, nº 2. Grenier, I, 243. Duranton, XX, 20. Benech, *Du remploi*, nº 111. Tessier, *De la dot*, II, 134. Pont et Rodière, *Du contrat de mariage*, II, 674. Pont, nº 753. Audier, *Revue pratique*, 1863, XVI, p. 491. Nîmes, 26 mars 1833, Sir., 34, 2, 89. Cpr. Req. rej., 22 novembre 1836, Sir., 37 et 83. Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, vº Inscription hypothécaire, § 3, nº 8; Benoît, *De la dot*, II, p. 47; Troplong, II, 578.

[59] On ne peut qu'applaudir à l'innovation législative provoquée par le Tribunat (cpr. Locré, *Lég.*, t. XVI, p. 317, nº 12), et consacrée par le nº 2 de l'art. 2135, en tant qu'il s'agit de la date de l'hypothèque de la femme pour les indemnités dérivant d'obligations contractées avec le mari et pour le remploi de ses propres aliénés. L'ancienne jurisprudence ouvrait une large porte à la fraude, en ce que, pour frustrer des créanciers hypothécaires antérieurs envers lesquels le mari se trouvait seul obligé, il suffisait à la femme, soit de contracter de nouvelles dettes avec ce dernier, ou même de se coobliger à des dettes déjà existantes, soi de consentir à la vente de ses propres. Voy. Merlin, *Rép.*, vº Hypothèques, sect. 1, § 8, 5. Mais la possibilité de pareilles fraudes n'existe pas pour les valeurs

l'hypothèque légale ne remonte pour les sommes dotales qui proviennent de successions échues à la femme, et de donations à elle faites pendant le mariage, qu'au jour de l'ouverture des successions[60], et à celui où le mari est devenu responsable des valeurs comprises dans les donations[61].

D'un autre côté, la femme n'a hypothèque, pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari et pour le remploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour des obligations et des ventes[62]. Lorsqu'il s'agit d'obligations ou d'aliénations constatées par des actes sous seing privé, l'hypothèque ne date que du jour où ces actes ont acquis date certaine, conformément à l'art. 1328[63].

Les explications données plus haut sur le sens des mots *conventions matrimoniales*, et l'esprit de la loi tel qu'il se manifeste par l'ensemble des dispositions du n° 2 de l'art. 2135, conduisent, pour

dotales advenues à la femme par succession ou par donation, et il eût été convenable et logique de faire remonter son hypothèque à raison de pareilles valeurs au jour même de la célébration, comme on l'a fait en ce qui concerne les sommes apportées en mariage. Il s'agit pour celles-là, aussi bien que pour celles-ci, de garantir la femme des pertes qu'elle est exposée à éprouver, sans aucun fait nouveau de sa part, par suite du droit d'administration conféré au mari dans le contrat de mariage.

[60] L'hypothèque date du jour de l'*ouverture des successions*, et non pas seulement du jour où le mari a reçu les sommes ou effets échus à la femme. Civ. rej., 5 mai 1841, Sir., 41, 1, 449.

[61] C'est ainsi que nous croyons devoir interpréter les termes de l'art. 2135, *du jour que les donations ont eu leur effet*. Persil, sur l'art. 2135, § 2, n° 7. Bellot-des-Minières, du *Contrat de mariage*, I, p. 343. Pont, n^os^ 754 et 757. — Tarrible (*Rép.*, v° Inscription hypothécaire, n° 10) enseigne au contraire que l'hypothèque remonte toujours au jour où la donation est devenue parfaite par l'acceptation. Mais s'il s'agissait d'une donation conditionnelle, pourrait-on dire qu'elle a eu son effet par l'acceptation ?

[62] Ainsi, l'hypothèque pour le remploi de propres aliénés ne date pas seulement du jour du paiement du prix, mais du jour de l'acte d'aliénation, à quelque époque que le prix soit devenu exigible, ou ait été payé. Cpr. note 72 *infra*.

[63] Voy. § 756, texte et note 111. *Adde*, dans le sens de la proposition énoncée au texte : Pont, n° 761 ; Demolombe, *Revue critique*, 1851, I, p. 527 ; Civ. cass., 15 mars 1859, Sir., 59, 1, 193 ; Agen, 10 juin 1859, Sir., 59, 2, 341. — Toutefois, si les créances résultant des obligations contractées par la femme conjointement avec son mari, avaient été admises au passif de la faillite de ce dernier, et qu'ainsi leur antériorité à son ouverture se trouvât établie à l'encontre de la masse chirographaire, celle-ci ne pourrait plus contester à la femme l'hypothèque légale attachée à son droit d'indemnité. Civ. cass., 15 mars 1859, Sir., 59, 1, 193. Amiens, 26 mars 1860, Sir., 60, 2, 126, Civ. rej., 19 février 1862, Sir., 62, 1, 382.

une série de questions plus ou moins controversées, aux solutions suivantes :

L'hypothèque légale de la femme pour les créances ou les effets mobiliers apportés en dot, et recouvrées ou dissipés par le mari, remonte au jour de la célébration du mariage [64].

Il en est de même de l'hypothèque à raison des sommes que le mari aurait touchées par suite de l'exercice d'une action rescisoire ou autre, comprise dans les biens apportés en dot [65].

C'est pareillement à la date du mariage que se reporte l'hypothèque de la femme mariée sous le régime dotal, sous celui de la communauté, ou sous le régime exclusif de communauté, pour les dommages-intérêts qui peuvent lui être dus en raison des dégradations ou détériorations survenues aux biens dotaux par défaut de surveillance ou d'entretien, et en général, en raison de fautes quelconques commises par le mari dans l'administration de ces biens [66].

L'hypothèque de la femme mariée sous le régime dotal pour le remploi de ses immeubles dotaux aliénés ne remonte, comme celle de la femme commune en biens pour le remploi de ses propres, qu'à la date des actes d'aliénation [67]. Il en est ainsi, non-seulement

[64] Paris, 9 janvier 1856, Sir., 56, 2, 368.

[65] *Qui actionem habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur.* D'ailleurs, l'exercice de l'action qui compétait à la femme et le recouvrement des sommes qui lui ont été adjugées, rentraient dans l'administration dont le mari se trouvait investi en vertu des conventions matrimoniales. Duranton, XX, 22 *bis*. Pont, n° 777. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 233; Troplong, II, 587. En appliquant à cette hypothèse la règle relative aux sommes advenues à la femme par succession, ces auteurs assimilent, sans s'en douter, un droit acquis à une simple espérance.

[66] Pont, n^os^ 409 et 775. Poitiers, 14 décembre 1830, Sir., 31, 2, 214. Req. rej., 27 décembre 1859, Sir., 61, 1, 87.

[67] Cette proposition est contraire à l'opinion de la plupart des auteurs. Voy. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, II, 677 ; Tessier, *De la dot*, II, 134; Benech, *De l'emploi et du remploi*, p. 219 et 250; Troplong, II, 589 *bis*; Pont, *Revue critique*, 1852, II, p. 386, et *Des hypothèques*, n° 767. Voy. aussi dans ce sens : Toulouse, 12 juin 1860, Sir., 60, 2, 545. Pour établir que l'hypothèque compétant à la femme mariée sous le régime dotal, en raison du remploi de ses biens dotaux, remonte à la date du mariage, on dit que l'al. 3 du n° 2 de l'art. 2135, qui parle de *propres aliénés*, ne peut s'appliquer qu'à la femme commune en biens, et qu'ainsi, sous le régime de la dot, l'aliénation d'un immeuble dotal demeure réglée par le premier alinéa de ce numéro. A notre avis, cet argument de texte n'a aucune portée. En admettant, ce qui serait contestable, que le terme *propres* fût absolument inapplicable à des immeubles dotaux proprement dits, tout ce que la logique permettrait d'en conclure, c'est que

lorsque l'aliénation de ces immeubles a été permise par le contrat de mariage sans aucune condition de remploi, mais dans le cas

l'art. 2135 est muet sur le remploi de pareils biens; mais il n'en résulterait, en aucune façon, que ce remploi rentre dans ce que le 1er al. du nº 2 appelle *la dot et les conventions matrimoniales*. A côté de cet argument de texte, on fait valoir un raisonnement de principe ou de doctrine qui se résume ainsi : la dot est une charge qui grève le mari dès l'instant du mariage; quand elle se transforme par l'aliénation des immeubles dotaux, cette transformation même est un acte de la gestion conférée au mari par le contrat de mariage; d'où la conséquence que l'hypothèque pour les sommes qui remplacent la dot primitive, ne saurait avoir un autre point de départ que celui de la gestion même. Ce raisonnement prouve beaucoup trop, et va directement contre la loi telle qu'elle est faite. Le mari est, sous le régime de la communauté, chargé de l'administration des biens propres de la femme, comme il l'est sous le régime dotal quant aux biens dotaux; il est tenu de les conserver et de les rendre à la dissolution de la communauté. Ses obligations, à cet égard, sont les mêmes que celles qui lui incombent sous le régime dotal; elles remontent au jour du mariage, et sont le corollaire des droits et des pouvoirs que les conventions matrimoniales lui attribuent. Cela est plus évident encore sous le régime exclusif de communauté, où tous les immeubles de la femme sont dotaux. Si donc il était vrai de dire, sous le régime dotal, que la transformation d'un immeuble dotal en une somme d'argent est un acte qui doit être garanti par une hypothèque remontant au jour du mariage, la proposition s'appliquerait par les mêmes raisons, à l'aliénation des immeubles de la femme commune en biens, ou mariée sous le régime exclusif de communauté. Or la loi décide précisément le contraire quant à l'aliénation des propres, et personne, que nous sachions, ne conteste que la disposition est applicable à l'aliénation des immeubles de la femme mariée sans communauté. Vainement enfin se prévaut-on, pour justifier la position particulière et exceptionnelle que l'on veut faire à la femme mariée sous le régime dotal, du principe de l'inaliénabilité de la dot : ce principe, en vertu duquel la femme jouit d'une action en nullité ou en révocation toutes les fois que ses immeubles dotaux ont été vendus illégalement, ou que la condition de remploi à laquelle l'aliénation était subordonnée n'a pas été accomplie, ne touche en rien à la question qui nous occupe. La femme, en effet, ne devenant créancière de son mari que par l'aliénation des immeubles dotaux, aliénation qui, en règle, exige son concours, la question est toujours de savoir si l'hypothèque légale pour sûreté des sommes provenant de ventes auxquelles elle a donné les mains, peut et doit remonter à une époque antérieure à leur passation. Quant à notre opinion, elle se fonde sur la *ratio legis*, qui nous paraît décisive : empêcher que la femme ne puisse, en consentant à l'aliénation de ses propres, anéantir ou paralyser, par l'effet de son hypothèque légale pour le prix de vente, des hypothèques antérieurement acquises sur les biens du mari, et prévenir ainsi les combinaisons frauduleuses concertées au préjudice de créanciers légitimes, tel est le motif qui a déterminé les rédacteurs du Code à limiter à la date des aliénations, l'hypothèque de la femme pour remploi de ses immeubles, en répudiant sur ce point la tradition de l'ancienne jurisprudence. Or ce motif, d'une légitimité et d'une utilité pratique incontestables, repousse toute distinction entre

même où elle n'a été autorisée qu'à charge de remploi[68]. A plus forte raison en serait-il ainsi, s'il s'agissait d'immeubles que le contrat de mariage n'avait pas déclarés aliénables[69]. La règle posée par l'al. 3 du n° 2 de l'art. 2135 ne doit recevoir exception que dans le cas où le contrat de mariage a conféré au mari le pouvoir de vendre les immeubles dotaux sans le concours de la femme, et à charge de remploi[70].

L'hypothèque attachée aux répétitions que la femme contractuellement séparée de biens, ou mariée sous le régime dotal, peut avoir à former contre le mari, à raison de sommes extra-dotales ou paraphernales par lui touchées, remonte au jour du mariage, lorsque l'administration des biens de la femme a été confiée au mari par une clause du contrat de mariage[71]. Si, au contraire, il

les différents régimes matrimoniaux, et nous donne la certitude que ce n'est pas une disposition particulière aux femmes communes en biens, mais une règle générale, applicable à toutes les femmes mariées indistinctement, que l'on a entendu consacrer par l'al. 3 du n° 2 de l'art. 2135. Voy. dans le sens de notre opinion : Duranton, XX, 31; Massé, *Observations*, Sir., 54, 1, 11 à la note; Caen, 7 juillet 1851, Sir., 52, 2, 92; Agen, 10 juin 1859, Sir., 59, 2, 341.

[68] C'est à cette hypothèse précisément que s'applique l'arrêt de Caen cité à la note précédente.

[69] Sur ce point, M. Rodière (*Contrat de mariage*, II, 678) et M. Pont (n° 770) se séparent des autres auteurs cités en tête de la note 67 *supra*, et enseignent, comme nous, que l'hypothèque ne remonte qu'à la date des aliénations. Ils ont compris que l'opinion contraire est en opposition trop manifeste avec l'esprit dans lequel a été rédigé le 2e al. de l'art. 2135, pour qu'il soit possible de l'admettre. Mais en disant, pour justifier cette concession, qu'il ne saurait être permis à la femme d'invoquer et de repousser au même moment le système de la dotalité, ils en donnent une explication qui n'est rien moins que satisfaisante, et qui ne présente même pas à l'esprit une idée bien nette.

[70] Il s'agit alors d'un acte auquel la femme n'a pu s'opposer, et en raison duquel elle doit par cela même jouir de la garantie de l'hypothèque légale dans toute son étendue. Req. rej., 27 juillet 1826, Sir., 27, 1, 246. C'est à tort que les partisans de l'opinion que nous avons combattue à la note 67 *supra*, invoquent cet arrêt comme ayant décidé en principe que l'hypothèque de la femme dotale pour le remploi de ses immeubles dotaux remonte au jour du mariage. Dans l'espèce sur laquelle il est intervenu, la femme avait donné, par le contrat de mariage, mandat au mari de vendre ses immeubles dotaux, et l'un des considérants de l'arrêt appuie spécialement sur cette circonstance. Voy. dans le même sens : Grenoble, 6 janvier 1831, Sir., 32, 2, 200; Grenoble, 14 décembre 1863, *Journal de Grenoble et de Chambéry*, 1863, p. 393.

[71] Pont, n° 772. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 232; Troplong, II, 590. Ces auteurs soutiennent que dans le cas même où l'administration des paraphernaux a été confiée au mari par une clause du contrat de mariage, l'hypothèque de la femme pour les sommes paraphernales par lui touchées ne remonte qu'à

avait opéré ces recouvrements en vertu d'un mandat donné par la femme pendant le mariage seulement, ou sans pouvoir exprès de sa part, l'hypothèque s'arrêterait à la date du mandat ou des recouvrements.

L'hypothèque de la femme séparée de biens, ou mariée sous le régime dotal, pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec le mari, ou pour le remploi de ses immeubles paraphernaux aliénés, date du jour des obligations, ou des actes d'aliénation, et non pas seulement du jour où la femme a acquitté ces obligations, ou de celui auquel le mari a touché les prix de vente [72].

Lorsque, dans un ordre ouvert sur le mari pour la distribution d'un ou de plusieurs immeubles, la femme a été colloquée en ordre utile pour la totalité de ses apports et de ses reprises, elle n'est plus admise à faire valoir ultérieurement son hypothèque sur d'autres immeubles, du chef de sa dot ou des conventions matrimoniales, et à la date du mariage. Il en est ainsi, bien qu'en fait la collocation ne lui ait pas profité personnellement, mais à un créancier du mari, envers lequel elle s'était obligée avec ce dernier, et qui, par suite, a été colloqué en sous-ordre sur elle. En pareil cas, elle ne peut exercer son hypothèque pour l'indemnité qui lui est due en raison de l'obligation en vertu de laquelle le créancier du mari a été colloqué en sous-ordre, qu'à la date de cette obligation [73].

la date des recouvrements. Ils se fondent sur ce que l'hypothèque ne peut précéder l'obligation personnelle, et sur ce que l'obligation personnelle du mari ne date que du jour des versements faits entre ses mains. Mais ce motif, énoncé d'une manière équivoque, est en opposition manifeste avec le principe posé, tant par l'al. 1er du nº 2, que par le nº 1 de l'art. 2135. D'ailleurs, dans l'hypothèse dont il s'agit, il y a pour le mari, du jour du mariage, obligation de gérer les biens paraphernaux de la femme, et de rendre compte de sa gestion : or c'est cette obligation générale, bien plus que tel ou tel acte de gestion en particulier, qui se trouve garantie par l'hypothèque légale à compter du jour du mariage. La position de la femme est, sous ce rapport, la même que relativement à ses créances dotales recouvrées par le mari.

[72] Arg. art. 2135, nº 2, al. 3. Pont, nº 773. Montpellier, 13 décembre 1833, Sir., 34, 2, 359. Civ. cass., 27 avril 1852, Sir., 52, 1, 40. Paris, 7 mai 1853, Sir., 53, 2, 351. La proposition énoncée au texte ne peut faire difficulté quant à l'hypothèque pour remploi d'immeubles paraphernaux ou extradotaux, dès que l'on admet que l'art. 1450 contient une disposition générale, applicable à l'aliénation de pareils biens. Cpr. § 532, texte et note 3; § 541, texte et note 11. D'après cet article, en effet, le mari devient garant du remploi par le fait même de son concours à l'acte d'aliénation.

[73] La raison en est que la femme est censée avoir reçu le remboursement de

7° La femme mariée peut, en général, et à moins qu'elle ne soit soumise au régime dotal, et qu'il ne s'agisse de ses droits dotaux, renoncer à son hypothèque légale ou y subroger, avec l'autorisation du mari ou celle de la justice. Tout ce qui est relatif à ces renonciations ou subrogations, sera exposé au § 288 *bis*. Nous nous bornerons à faire remarquer que les art. 2144 et 2145, relatifs à la restriction de l'hypothèque légale sur la demande et dans l'intérêt du mari, ne sont pas applicables aux renonciations consenties par la femme, quoique de concert avec ce dernier, mais en faveur de ses créanciers ou des acquéreurs de ses biens [74]. Il en est ainsi, dans le cas même où, la femme n'ayant contracté aucun engagement personnel envers le créancier ou l'acquéreur au profit duquel doit avoir lieu la renonciation, elle n'a pas d'intérêt à l'acquittement des engagements pris par le mari [75].

Indépendamment des causes ordinaires ou communes d'extinction des hypothèques, l'hypothèque légale de la femme peut s'éteindre, au préjudice de ses héritiers, par suite d'une novation particulière résultant de la liquidation et du règlement, même simplement fictif, de ses droits et reprises. C'est ce qui a lieu lorsque, le mari étant usufruitier de la fortune de la femme, par contrat de mariage ou par testament, les héritiers de celle-ci laissent entre ses mains, après décompte et liquidation, le montant des reprises de la femme [76]. Cependant il est permis aux parties, pour main-

ses apports et de ses reprises, par cela même qu'elle a été utilement colloquée pour le montant de ses droits. Dans le système contraire, la disposition de l'al. 3 du n° 2 de l'art. 2135, qui fixe à la date des obligations seulement, le rang de l'hypothèque légale pour l'indemnité des dettes contractées par la femme avec son mari, deviendrait illusoire. Paris, 3 décembre 1838, *Journal du Palais*, 1839, 2e part., p. 617. Bourges, 30 juillet 1855, Sir., 55, 2, 585.

[74] Troplong, II, 643 *bis*. Duranton, XX, 72. Pont, nos 454 et 543. Civ. cass., 12 février 1811, Sir., 11, 1, 157. Civ. rej., 28 juillet 1823, Sir., 23, 1, 414. Nancy, 24 janvier 1825, Sir., 35, 2, 84. Lyon, 13 avril 1832, Sir., 32, 2, 492. Paris, 28 août 1844, Sir., 44, 2, 540. Nîmes, 5 août 1862, Sir., 62, 2, 402.

[75] Voy. les auteurs cités à la note précédente. Bordeaux, 7 avril 1834, Sir., 34, 2, 358. Lyon, 21 décembre 1840, Sir., 41, 2, 268. Req. rej., 30 juillet 1845, Sir., 45, 1, 711. Douai, 20 mars 1851, Sir., 51, 2, 481. Voy. cep. : Req. rej., 9 janvier 1822, Sir., 23, 1, 148; Paris, 11 décembre 1834, Sir., 35, 2, 14.

[76] En pareil cas, il s'opère, en effet, novation dans le titre de l'obligation du veuf, qui, débiteur jusqu'alors en qualité de mari, n'est plus désormais soumis qu'à une obligation de restitution comme usufruitier. Pont, n° 441. Grenoble, 28 décembre 1833, Sir., 34, 2, 397. Civ. rej., 3 décembre 1834, Sir., 35, 1, 51. Paris, 15 janvier 1836, Sir., 36, 2, 158. Civ. cass., 15 novembre 1837, Sir., 38, 1, 124. Paris, 9 mars 1844, et Douai, 21 août 1844, Sir., 44, 2, 497. Douai,

tenir l'hypothèque légale, de convenir que les sommes ou valeurs ainsi liquidées resteront entre les mains du mari au même titre qu'auparavant, et non pas seulement à titre d'usufruit. Une pareille convention peut s'induire de la clause portant que les héritiers se réservent tous leurs droits, priviléges et hypothèques, sans novation[77].

§ 264 *quater*.

3. *De l'hypothèque légale établie au profit de certaines personnes morales.*

Les personnes morales qui, d'après l'art. 2121[1], jouissent d'une hypothèque légale sur les biens de leurs receveurs et administrateurs comptables, sont l'État, les communes et les établissements publics. On doit aujourd'hui placer, à cet égard, les départements sur la même ligne que l'État et les communes[2].

Les établissements publics dont il est question dans l'art. 2121, sont ceux dont les deniers se trouvent rangés, sous le rapport de la gestion et du mode de comptabilité, dans la catégorie des deniers publics. Tels sont les hospices et hôpitaux, les bureaux de bienfaisance, et les monts de piété[3].

Il faut, quant à l'application de l'art. 2121, se garder de confondre, avec les *établissements publics* proprement dits, les institutions et les associations d'ordre privé, dont l'existence, comme personnes morales, a été autorisée à titre d'*établissements d'utilité publique*. Ces personnes morales, dans la catégorie desquelles se rangent notamment les caisses d'épargnes et les sociétés de secours mutuels, ne jouissent d'aucune hypothèque légale sur les biens de leurs receveurs ou caissiers[4].

4 mai 1846, Sir., 46, 2, 470. Grenoble, 4 janvier 1854, Sir., 54, 2, 741. Bourges, 6 mars 1855, Sir., 55, 2, 353. Voy. cep. pour le cas où les héritiers de la femme sont des enfants mineurs, placés sous la tutelle de leur père, usufruitier de partie de leur fortune maternelle : § 264 *bis*, texte et note 23.

[77] Req. rej., 27 novembre 1855, Sir., 56, 1, 534. Cpr. Grenoble, 4 janvier 1854, Sir., 54, 2, 741.

[1] La disposition de cet article s'applique également aux agents comptables de la liste civile et de la dotation de la Couronne. Avis du Conseil d'État des 13-25 février 1808. Cpr. § 263 *bis*, note 15.

[2] Cpr. § 54, texte et note 2; § 170, texte et note 1re; décret du 31 mai 1862 portant règlement général sur la comptabilité publique, art. 1er.

[3] Cpr. Décret du 31 mai 1862, art. 1er, et 547 à 585.

[4] Voy. dans le sens de la solution donnée au texte, en ce qui concerne spécialement les caisses d'épargnes : Lamache, *Revue critique*, 1861, XVIII,

On ne doit pas même considérer comme des établissements publics dans le sens de l'art. 2121, les corporations religieuses ou institutions ecclésiastiques reconnues par la loi, tels que les chapitres cathédraux ou collégiaux, les séminaires, et les fabriques d'église. Ces corporations ou institutions n'ont pas non plus d'hypothèque légale sur les biens de leurs receveurs ou trésoriers[5].

Les expressions *receveurs ou administrateurs comptables*, dont se sert l'art. 2121, comprennent tous les fonctionnaires qui, chargés à titre de receveur, de caissier, de payeur, ou sous toute autre dénomination, d'une gestion de deniers[6], sont directement comptables envers la personne morale à laquelle ces deniers appartiennent[7]. Mais on ne doit pas y comprendre les fonctionnaires ou administrateurs qui n'ont aucun maniement de fonds, tels que les ordonnateurs, inspecteurs, vérificateurs, ou contrôleurs.

L'hypothèque légale, accordée à l'État, aux départements, aux communes, et aux établissements publics, est, aux termes de l'art. 2122, une hypothèque générale, qui s'étend à tous les biens présents et à venir des comptables.

Toutefois, la généralité de l'hypothèque légale conférée à l'État, a été modifiée par les art. 4 et 5 de la loi du 5 septembre 1807, en ce sens que les biens acquis à titre onéreux par les comptables, postérieurement à leur nomination, sont soumis au profit de l'État, non à l'hypothèque générale de l'art. 2121, mais à un privilége spécial, privilége qui, pour sa complète efficacité, doit être con-

p. 385; Civ. rej., 5 mars 1856, Sir., 56, 1, 517; Civ. cass., 8 juillet 1856, Sir., 56, 1, 878. Voy. en sens contraire : Pont, nº 505.

[5] Cette solution ne nous paraît pas susceptible d'une controverse sérieuse en ce qui concerne les chapitres cathédraux ou collégiaux et les fabriques d'église, dont les trésoriers sont nommés par l'autorité ecclésiastique. Elle peut paraître plus délicate pour les séminaires, en ce que les trésoriers de ces établissements sont nommés par le ministre des cultes. Décret du 6 novembre 1813, art. 62. Mais malgré cette circonstance, nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de distinguer entre ces trésoriers et ceux des autres établissements ecclésiastiques, puisque les uns pas plus que les autres ne sont soumis, pour le jugement de leurs comptes, à la juridiction administrative, ce qui indique qu'ils ne sont pas considérés comme comptables de deniers publics. Aussi, le décret du 31 mai 1862 n'en fait-il pas mention.

[6] Ces expressions ne s'appliquent pas aux comptables en matières. Voy., à cet égard, § 263 *bis*, texte I, lett. *d*, note 18.

[7] Nous rappellerons ici que les percepteurs des contributions directes, simples préposés des receveurs généraux, ne sont pas directement comptables envers le trésor. Cpr. § 263 *bis*, texte I, lett. *d* et note 17. Leurs biens ne sont donc pas soumis à l'hypothèque légale.

servé par une inscription prise dans les deux mois de l'enregistrement des actes d'acquisition[8].

Une autre hypothèque légale, qui se rattache à celle dont jouit l'État, est l'hypothèque que l'art. 23, tit. XIII de la loi des 6-22 août 1791 accorde à la régie des douanes sur les immeubles des redevables de droits, pour le paiement du montant des soumissions faites dans la forme prescrite par cet article[9].

B. *De l'hypothèque judiciaire*[1].

§ 265.

L'hypothèque judiciaire est une garantie légale destinée à assurer l'exécution des jugements[2], et de certains autres actes

[8] Cpr. § 263 *bis*, texte I, lett. *d*.

[9] M. Valette (*Revue de Droit français et étranger*, 1847, IV, p. 841) a émis transitoirement l'opinion, que l'hypothèque dont il est question au texte, a été abrogée par l'art. 56 de la loi du 11 brumaire an VII. Cette opinion serait exacte, sans doute, si l'hypothèque mentionnée dans l'art. 23, titre XIII, de la loi des 6-22 août 1791 devait être considérée comme une hypothèque conventionnelle attachée, en vertu des anciens principes encore en vigueur lors de la promulgation de cette loi, à la forme authentique des soumissions souscrites par les redevables. Mais il n'en est point ainsi : cette hypothèque est une véritable hypothèque légale, parce qu'elle est directement établie par la loi, et qu'elle porte non-seulement sur les biens des redevables, mais encore sur ceux des comptables, et que sous ce dernier rapport il n'est pas possible d'admettre l'explication donnée par notre savant collègue. Ceci posé, on doit en conclure, conformément à la règle *Legi speciali per generalem non derogatur*, que l'hypothèque qui nous occupe n'a été abrogée, ni par la loi du 11 brumaire an VII, ni par le Code Napoléon.

[1] Cpr. sur cette matière : *Dissertation* par Valette, *Revue de Droit français et étranger*, 1849, VI, p. 912 et 972.

[2] L'hypothèque judiciaire, toute différente du *pignus prætorium*, et du *pignus judiciale* des Romains, est une création du Droit français. Ordonnance de Villers-Cotterets d'août 1539, art. 92 et 93. Ordonnance de Moulins de 1566, art. 53. Admise comme conséquence ou corollaire forcé de l'hypothéque tacite et générale qui, d'après les principes de notre ancien Droit, dérivait de toute obligation contractée devant notaire, l'hypothèque judiciaire avait été maintenue par l'art. 4 de la loi du 11 brumaire an VII, mais seulement comme hypothèque spéciale grevant les biens présents du débiteur. Aujourd'hui que l'hypothèque conventionnelle, soumise à la règle de la spécialité, ne peut plus résulter que d'une constitution expresse faite dans la forme prescrite par la loi, l'hypothèque judiciaire, à laquelle sa base historique fait défaut, ne saurait s'expliquer que par l'intérêt d'ordre public qui s'attache à l'exécution des décisions judiciaires. A notre avis, ce motif ne suffit pas à justifier le principe de cette hypothèque. Que

judiciaires. Art. 2123, al. 1, cbn. 2117, al. 2 [3].

1° Elle n'est, en principe, attachée qu'aux jugements et actes judiciaires émanés d'une juridiction française. Mais de pareils actes ou jugements la produisent au profit d'étrangers, aussi bien qu'en faveur de Français [4].

Les jugements rendus à l'étranger par les consuls français emportent l'hypothèque judiciaire, comme les jugements rendus en France par une juridiction française [5].

Les décisions émanées de juges étrangers ne produisent hypothèque sur les immeubles situés en France, qu'autant que cet effet y est attaché par des traités diplomatiques, ou qu'elles ont été déclarées exécutoires par un tribunal français [6].

Les sentences arbitrales rendues en France et par des arbitres français n'emportent l'hypothèque judiciaire qu'à la condition d'avoir été au préalable revêtues de l'ordonnance d'exécution, con-

la loi assure, par tous les moyens possibles, l'exécution des jugements à l'encontre des débiteurs eux-mêmes, rien de plus juste et de plus important; mais il ne nous paraît ni juridique, ni utile, de favoriser le créancier qui le premier a obtenu un jugement contre le débiteur commun, en lui accordant, au détriment des autres créanciers, un droit de préférence sur la généralité de ses immeubles. En tout cas, et quelle que soit l'opinion que l'on se forme au point de vue de la théorie sur l'hypothèque judiciaire, on doit reconnaître que les rédacteurs du Code ont, sans nécessité, sacrifié le principe de la spécialité, en laissant aux parties la facilité d'établir des hypothèques générales au moyen de contrats conclus en justice, et que l'hypothèque judiciaire, avec son caractère de généralité, et avec la possibilité de la faire naître en quelque sorte à volonté, présente, sous plus d'un rapport, des dangers et des inconvénients réels. Cpr. note 26 *infra*. Voy. les documents hypothécaires publiés par le gouvernement en 1841, et le projet de réforme hypothécaire présenté à l'Assemblée nationale en 1849, avec les rapports et les discussions y relatifs. Nous ajouterons que l'hypothèque judiciaire a été entièrement supprimée en Belgique. Voy. loi du 16 décembre 1851; et Martou, II, 698 et suiv.

[3] Ce n'est pas sans raison que l'art. 2117 emploie l'expression *actes judiciaires*, cumulativement avec celle *de jugements*. Il est, en effet, des actes émanés de la justice qui, sans avoir le caractère de jugements proprement dits, n'en emportent pas moins l'hypothèque judiciaire. Telles sont notamment les ordonnances dont il est question aux art. 191 et 403 du Code de procédure.

[4] Cpr. § 78, texte et note 53.

[5] *Non obstat* art. 2123, al. 4 : Voy. Code de procédure, art. 546. D'Héricourt, *De la vente des immeubles*, chap. II, sect. II, n° 30. Troplong, II, 452. Pont, n° 583.

[6] Cpr. sur les effets des jugements émanés de juges étrangers, et sur la mission des tribunaux français, en ce qui concerne l'exécution de pareils jugements: § 32. Voy. aussi Pont, n^os^ 585 et 586.

formément aux art. 1020 et 1021 du Code de procédure civile, et ne peuvent jusque là servir de base à une inscription hypothécaire[7]. Quant aux sentences arbitrales rendues à l'étranger et par des arbitres étrangers, elles n'emportent hypothèque judiciaire qu'autant qu'elles ont été revêtues de l'ordonnance d'exécution dont il vient d'être parlé, ou qu'elles ont été rendues exécutoires par un tribunal français, suivant la distinction établie à ce sujet au § 32[8].

2° L'hypothèque judiciaire est indépendante du caractère particulier ou de la mission spéciale de telle ou telle juridiction.

Elle peut résulter des jugements émanés de tribunaux civils d'exception[9], et de juridictions administratives[10] ou de justice répressive, tout aussi bien que des jugements rendus par les tribunaux civils ordinaires.

Mais elle n'est pas indistinctement attachée à tous les actes judiciaires qui établissent ou constatent des obligations. Les jugements proprement dits, c'est-à-dire les décisions rentrant dans l'exercice de la juridiction contentieuse, et les ordonnances qui, prononçant des condamnations, doivent leur être assimilées, sont seuls susceptibles de la conférer.

Ainsi, l'hypothèque judiciaire ne résulte, ni des actes de soumission de caution faits au greffe[11], ou des bordereaux de collocation délivrés dans un ordre[12], ni des procès-verbaux dressés par les juges-de-paix en bureau de conciliation, encore que ces procès-verbaux contiennent des aveux, des conventions, ou des reconnaissances de signature[13], ni des jugements portant nomi-

[7] Req. rej., 25 prairial an XI, Sir., 3, 1, 303.

[8] Voy. § 32, texte n° 2, notes 8 et 9; Troplong, II, 453; Pont, n° 587.

[9] Par exemple de sentences rendues par des juges de paix, des tribunaux de commerce, ou des conseils de prudhommes. Cpr. Valette, *op. cit.*, p. 924.

[10] Loi du 29 floréal an X, art. 4. Avis du conseil d'État des 16-25 thermidor an XII, et des 12 novembre 1811-24 mars 1812, IV, B. 429, n° 7899. Grenier, I, 9. Battur, II, 322. Troplong, II, 447. Pont, n° 580. Rouen, 22 mai 1818, Sir., 18, 2, 230.

[11] Persil, *Quest.*, I, p. 278. Troplong, II, 441. Valette, *op. cit.*, p. 972, n° 7. Pont, n° 588. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 158; Duranton, XIX, 337.

[12] Troplong, II, 442 *quater*. Duranton, XIX, 337 *bis*. Pont, n° 588. Grenoble, 28 mai 1831, Sir., 32, 2, 95. Paris, 10 août 1850, Dalloz, 1851, 2, 173. Cpr. Bordeaux, 30 avril 1840, Dalloz, 1841, 2, 15.

[13] *Discussion au Conseil d'État*, sur l'art. 2123 (Locré, *Lég.*, XVI, p. 253 et 254, n° 7). Code de procédure, art. 54, al. 2. *Discussion au Conseil d'État*

nation de curateurs à succession vacante, de conseils judiciaires, ou d'administrateurs provisoires[14], ni enfin des jugements d'adjudication sur expropriation forcée[15].

Aux termes de l'avis du Conseil d'État des 16-25 thermidor an XII, les contraintes décernées par les autorités administratives, dans les cas et pour les matières de leur compétence, sont assimilées à des jugements de condamnation, et emportent à ce titre hypothèque judiciaire[16].

et *Observations du Tribunat* sur cet article (Locré, *Lég.*, XXI, p. 252, nº 9, et p. 399, nº 32). Grenier, I, 202. Rauter, *Cours de procédure*, § 168. Merlin, *Rép.*, vº Hypothèque, sect. II, § 2, art. 4, nº 1. Battur, II, 328. Valette, *op. cit.*, p. 973. Pont, *loc. cit.* Cpr. civ. cass., 22 décembre 1806, Sir., 7, 1, 110.

[14] Ces jugements ne sont que des actes de juridiction gracieuse, auxquels ne s'applique pas le motif qui a fait admettre l'hypothèque judiciaire. Ils ne contiennent d'ailleurs en eux-mêmes aucun germe ou principe de condamnation. Ce n'est point, en effet, de ces jugements, mais du fait subséquent de la gestion que procédera, pour le curateur ou l'administrateur provisoire, l'obligation de rendre compte, obligation qui, en cas de contestation, devra être déclarée par un nouveau jugement. Persil, sur l'art. 2123, nº 13. Troplong, I, 440. Valette, *op. cit.*, p. 976 et 977. Pont, nº 575. Voy. en sens contraire : Paris, 12 décembre 1833, Sir., 34, 2, 103. — Nous ferons remarquer que si, aux termes de l'art. 34 de la loi du 30 juin 1838, le tribunal peut, en nommant un administrateur provisoire à l'individu placé dans un établissement d'aliénés, constituer sur ses biens une hypothèque générale ou spéciale, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, cette disposition tout exceptionnelle, loin de contredire le principe posé au texte, vient au contraire le confirmer. Cpr. § 264 *bis*, note 3.

[15] Ces jugements encore ne sont que des actes de juridiction gracieuse quant à l'adjudicataire, et en tant qu'il s'agit de la vente elle-même. Ils ne contiennent de condamnation que contre le débiteur saisi, et ne peuvent, par conséquent, conférer au poursuivant hypothèque sur les biens do l'adjudicataire. Rauter, *Cours de procédure*, § 308. Persil, sur l'art. 2123, nº 11. Grenier, I, 200. Troplong, I, 441. Valette, *op. cit.*, p. 978. Pont, nº 577. — Le jugement d'adjudication n'engendrerait même pas l'hypothèque judiciaire, au cas où il aurait été stipulé dans le cahier des charges que le poursuivant serait autorisé à prendre inscription sur les biens de l'adjudicataire pour sûreté du prix et des charges : une pareille clause serait à considérer comme non avenue. Arg. art. 2115 et 2116, cbn. 2123 et 2127. Limoges, 3 mars 1854, Sir., 54, 2, 316.

[16] Voy. aussi avis du Conseil d'État des 29 octobre-12 novembre 1811. Ce dernier avis, qui concerne spécialement les contraintes décernées par l'administration des douanes, se refère à celui des 16-25 thermidor an XII, comme établissant une règle commune à toutes les contraintes émanées des administrateurs auxquels la loi accorde le pouvoir d'en décerner. C'est donc à tort que la Cour de cassation (Civ. rej., 28 janvier 1828, Sir., 28, 1, 126) n'a voulu y voir qu'une disposition exceptionnelle ; et nous croyons devoir, en rétractant l'opinion émise dans nos premières éditions, nous associer à la critique que MM. Valette et

3° La forme et le caractère particulier des jugements sont sans influence sur l'hypothèque judiciaire. Cette hypothèque résulte des jugements par défaut, ou provisoires, aussi bien que des jugements contradictoires, ou définitifs. Art. 2123, al. 1. Elle est attachée aux jugements passés d'accord entre les parties *(jugements convenus ou d'expédient)*, comme aux décisions rendues à la suite de contestations sérieuses[17].

D'un autre côté, les vices ou nullités dont un jugement peut être entaché, n'empêchent pas qu'il ne confère hypothèque, et n'autoriseraient pas le conservateur, quelque apparents qu'ils fussent, à refuser l'inscription requise par le créancier. Il en est ainsi, même des jugements rendus par un juge incompétent *ratione materiæ*, ou dont la compétence, restreinte à une certaine somme, n'aurait pas été valablement prorogée[18]. Mais il est bien entendu que le sort de l'hypothèque reste subordonné à celui du

Sérigny ont faite de cet arrêt. Voy. dans le sens de la proposition énoncée au texte : Valette, *Revue de Droit français et étranger*, 1847, IV, p. 832; Foucart, *Droit administratif*, II, 951, 1005, 1051 et 1207; Sérigny, *Revue critique*, 1856, IX, p. 554; Pont, n° 581; Lyon, 7 août 1829, Sir., 29, 2, 239. — L'avis du Conseil d'État des 16-25 thermidor an XII s'applique-t-il aux actes, qualifiés de contraintes, que les receveurs particuliers sont chargés de délivrer pour le recouvrement des contributions directes? Voy. pour l'affirmative : Valette, *op. cit.*, p. 835; Foucart, *op. cit.*, 951; et pour la négative Sérigny, *op. cit.*, p. 559; Durieu, *Des poursuites en matière de contributions directes*, 1, p. 466. Cette dernière solution nous paraît préférable. Les actes dont s'agit n'étant pas dirigés contre les contribuables eux-mêmes, et ne renfermant qu'une injonction aux agents chargés de la poursuite, ne sauraient être considérés comme de véritables contraintes administratives.

[17] Cpr. § 419. Battur, II, 324. Persil, sur l'art. 2123, n° 11. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 161. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 5, n° 2. Pont, n° 577. Toulouse, 30 août 1842, Sir., 45, 2 545. Civ. cass., 6 janvier 1845, Sir., 45, 1, 188. Cpr. Bruxelles, 9 janvier 1807, Sir., 7, 2, 332.

[18] Le conservateur des hypothèques n'est pas juge de la validité des titres en vertu desquels l'inscription est requise; et l'inscription restera efficace, si la décision n'est pas annulée ou cassée par suite de l'exercice de l'un des recours ordinaires ou extraordinaires admis contre les jugements. Persil, sur l'art. 2123, n° 6. Grenier, I, 197. Pont, n° 578. Toulouse, 24 février 1821, Sir., 21, 2, 273. — Merlin (*Rép.*, v° Hypothèques, sect. II, § 2, art. 4) et M. Troplong (II, 445), tout en admettant la proposition émise au texte pour le cas où la compétence du juge eût pu être valablement prorogée, enseignent que le jugement entaché d'une incompétence absolue et non susceptible d'être écartée par l'accord des parties, n'engendre pas l'hypothèque judiciaire. Ces auteurs nous paraissent avoir oublié la maxime de notre Droit, *Voies de nullité n'ont lieu en France.* Cpr. § 769, texte n° 1 et note 9; Rauter, *Cours de procédure*, §§ 21 et 46.

jugement même, et qu'elle ne se trouvera définitivement et irrévocablement acquise que lorsque le jugement ne sera plus susceptible d'être retracté, reformé, annulé, ou cassé.

4° L'hypothèque judiciaire suppose, comme toute autre hypothèque, une obligation à l'acquittement de laquelle elle serve de garantie. Mais il n'est pas nécessaire, pour qu'un jugement confère hypothèque, qu'il contienne une condamnation actuelle et déterminée : il suffit qu'en déclarant ou reconnaissant à la charge de l'une des parties l'existence d'une obligation appréciable en argent[19], il contienne au profit de l'autre le germe ou le principe d'une condamnation future ou éventuelle[20].

Il en résulte que l'hypothèque est attachée à tout jugement qui condamne l'une des parties à rendre compte à l'autre de l'exécution d'un mandat, ou d'une gestion[21], et même au jugement qui, après avoir déclaré l'existence d'une société déniée par l'une des parties, en ordonne, dans l'intérêt de l'autre, la liquidation par les soins d'un commissaire ou liquidateur nommé à cet effet[22].

On doit conclure de là, en sens inverse, que l'hypothèque judiciaire ne résulte, ni d'un jugement qui, statuant sur une demande en partage de succession, renvoie les parties devant un notaire pour procéder aux comptes qu'elles pourraient se devoir, à la formation de la masse, te aux autres opérations de liquidation[23], ni

[19] Il est indifférent que l'obligation soit *ad dandum*, *ad faciendum*, ou même *ad non faciendum*. Dans ces deux derniers cas, l'hypothèque garantira le paiement des dommages-intérêts qui seront dus en raison de l'inexécution de l'obligation. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, art. 5, n° 3. Troplong, I, 442 *bis*. Req. rej., 4 juin 1828, Sir., 28, 1, 347. Cpr. Req. rej., 5 novembre 1862, Sir., 63, 1, 261.

[20] Pont, n° 574. Voy. aussi les autorités citées aux deux notes suivantes.

[21] En effet, cette condamnation implique pour le comptable l'obligation de payer le reliquat qu'il sera reconnu devoir. Persil, sur l'art. 2123, n° 12. Grenier, I, 201. Duranton, XIX, 337. Pont, n° 574. Civ. rej., 21 août 1810, Sir., 11, 1, 29. Lyon, 11 août 1809, Sir., 12, 2, 400. Paris, 16 mars 1822, Sir., 22, 2, 381. Req. rej., 4 août 1825, Sir., 26, 1, 122. Colmar, 26 juin 1832, Sir., 32, 2, 650. Civ. rej., 16 février 1842, Sir., Sir., 42, 1, 714. Voy. en sens contraire : Pigeau, *Procédure civile*, II, p. 398, n° 9 ; Troplong, I, 439 ; Taulier, VII, p. 242; Valette, *op. cit.*, p. 980 et 981.

[22] Un pareil jugement contient encore, contre la partie qui a été actionnée comme détenant les valeurs comprises dans l'actif d'une société dont elle a dénié l'existence, le principe d'une condamnation au profit des autres associés. Montpellier, 7 janvier 1837, Sir., 38, 2, 415. Montpellier, 2 juin 1841, Sir., 42, 2, 65.

[23] Un pareil jugement ne juge ni ne préjuge l'existence d'aucune créance au profit de l'une des parties contre l'autre. Pont, n° 575. Civ. cass., 18 avril 1855, Sir., 55, 1, 361.

d'un jugement qui, après avoir prononcé la dissolution ou la nullité d'une société, se borne à en ordonner la liquidation[24], ni même d'un jugement qui, sur une demande en condamnation à une somme d'argent, renvoie les parties, avant faire droit et sans rien préjuger, devant un arbitre rapporteur[25].

L'hypothèque judiciaire garantit l'exécution du jugement, tant pour la condamnation principale qu'il prononce, que pour les condamnations accessoires, en intérêts, dommages-intérêts, ou frais.

L'art. 2123 accorde la garantie de l'hypothèque judiciaire, non-seulement aux jugements qui prononcent une condamnation actuelle, ou qui, en constatant l'existence d'une obligation, contiennent le germe d'une condamnation future, mais encore aux simples jugements de reconnaissance ou de vérification de signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé. Pour l'intelligence de cette disposition, il convient de remarquer que le porteur d'un pareil acte est admis à poursuivre en justice la reconnaissance ou vérification de signature, indépendamment de toute demande en condamnation, et même avant l'échéance ou l'exigibilité de l'obligation. Seulement le créancier qui, avant cette époque, a obtenu un jugement de reconnaissance ou de vérification de signature, ne peut, à moins de convention contraire, prendre utilement inscription qu'à partir du moment où l'obligation est échue, ou est devenue exigible. Loi du 23 septembre 1807.

Les jugements de reconnaissance de signature emportent hypothèque, lors même qu'ils ont été rendus, sur comparution volontaire des parties et d'accord entre elles, par un juge de paix dont elles ont prorogé la juridiction[26].

[24] A la différence du jugement qui, en déclarant l'existence d'une société déniée par le défendeur, en ordonne la liquidation, le jugement qui, après avoir prononcé la dissolution ou la nullité d'une société dont l'existence était reconnue par toutes les parties, prescrit sur leur demande commune des mesures pour le réglement de leurs intérêts, ne préjuge de condamnation en faveur ni de l'un ni de l'autre des intéressés. Civ. cass., 8 décembre 1857, Sir., 58, 1, 443.

[25] Paris, 26 décembre 1844, Sir , 45, 2, 173. — Cpr. encore sur d'autres jugements qui n'emportent pas hypothèque : Bourges, 31 mars 1830, Sir., 30, 2, 187 ; Bordeaux, 26 mars 1834, Sir., 34, 2, 373 ; Req. rej., 17 janvier 1844, Sir., 44, 1, 419.

[26] Grenier, 1, 202. Troplong, I, 448. Cpr. Civ. cass., 22 décembre 1806, Sir., 7, 1, 110. Voy. en sens contraire : Pont, nº 589. Cet auteur, qui admet avec nous que les jugements passés d'accord engendrent l'hypothèque judiciaire, comme les décisions intervenues après contestation sérieuse, refuse cependant cet effet aux jugements de reconnaissance de signature rendus par un juge de paix sur comparution volontaire des parties; et cela, par le double motif qu'en

5° L'hypothèque judiciaire résulte de plein droit, c'est-à-dire indépendamment de toute demande formée par la partie intéressée et de toute déclaration du juge, des jugements susceptibles de la produire. Le créancier est admis, pour en assurer l'efficacité, à requérir l'inscription du moment de la prononciation du jugement, sans être tenu de le faire signifier au préalable à partie ou à avoué, ni d'attendre l'expiration du délai durant lequel l'exécution des jugements est suspendu. Il en est ainsi, que le jugement soit contradictoire ou par défaut, et qu'il ait été rendu en premier ou en dernier ressort[27].

6. L'hypothèque judiciaire est générale, comme l'hypothèque légale, et affecte les immeubles à venir du débiteur, aussi bien que ses immeubles présents.

Sous le régime de la communauté, l'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement rendu contre le mari pendant le mariage, frappe les conquêts, comme ses immeubles propres, non-seulement tant que dure la communauté, mais même après sa dissolution, et malgré son acceptation par la femme, de telle sorte que la portion de conquêts échue au lot de celle-ci reste soumise à cette

rendant de pareils jugements, les juges de paix empiétent sur le domaine du notariat, et donnent aux parties un moyen facile d'établir une hypothèque générale, c'est-à-dire de faire indirectement ce que la loi leur défend de faire directement. Mais la solution contraire résulte invinciblement, à notre avis, du texte de l'art. 2123, combiné avec le principe que l'autorité de la chose jugée s'attache aux jugements passés d'accord, aussi bien qu'à ceux qui interviennent après contestation sérieuse. Pour être conséquent avec lui-même, et écarter complétement cette objection, M. Pont aurait dû faire un pas de plus, et refuser l'hypothèque à tout jugement de reconnaissance de signature passé d'accord entre les parties, même devant un tribunal de première instance, et cependant il n'a pas cru pouvoir aller jusque-là. Nous ajouterons que rien ne serait plus facile, si la distinction qu'il propose était exacte, que d'en éluder l'application : il suffirait pour cela de simuler devant le juge de paix une difficulté sur l'époque du paiement, pour provoquer un jugement de condamnation avec octroi de termes ; et c'est même ainsi que les choses se passent d'ordinaire dans la pratique.

[27] Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 2, art. 3, n^os^ 2 et 3. Persil, sur l'art. 2123, n^os^ 33 à 36. Delvincourt, III, p. 295. Grenier, I, 194. Battur, II, 327. Duranton, XIX, 338. Troplong, II, 443 *bis* et *ter* et 444. Valette, *op. cit.*, p. 926, n° 6. Pont, n° 596. Riom, 6 mai 1809, Sir., 10, 2, 39. Bruxelles, 13 décembre 1810, Sir., 11, 2, 321. Civ. rej., 21 mai 1811, Sir., 11, 1, 261. Rouen, 7 décembre 1812, Sir., 13, 2, 367. Req. rej., 19 décembre 1820, Sir., 21, 1, 369. Civ. cass., 29 décembre 1824, Sir., 25, 1, 132. Toulouse, 27 mai 1830, Sir., 31, 2, 50. Civ. rej., 19 juin 1833, Sir., 33, 1, 641. Rouen, 27 mai 1834, Sir., 34, 2, 379. Paris, 23 juillet 1840, Sir., 40, 2, 420. Voy. cependant Riom, 9 avril 1807, Sir., 7, 2, 646 ; Toulouse, 10 décembre 1824, Sir., 25, 2, 411.

hypothèque[28]. Il importe peu, à cet égard que la dette, au paiement de laquelle le mari a été condamné, ait été contractée avant le mariage[29], et que, dans les rapports des époux entre eux, elle soit restée personnelle à ce dernier. Que s'il s'agissait d'une hypothèque résultant d'un jugement rendu contre le mari antérieurement au mariage, elle s'étendrait bien aux conquêts, en ce sens qu'elle les frapperait pendant la durée de la communauté, et qu'au cas d'aliénation par le mari, ils y resteraient soumis entre les mains des tiers acquéreurs; mais après la dissolution et le partage de la communauté, les conquêts tombés au lot de la femme demeurent affranchis de cette hypothèque[30].

L'avantage de l'hypothèque générale s'attache même au jugement qu'aurait provoqué le créancier porteur d'un titre exécutoire, par lequel le débiteur lui avait conféré une hypothèque spéciale[31], et à celui qui, en rejetant l'opposition formée aux pour-

[28] Cette première proposition, qui n'est contestée par aucun auteur, est une conséquence du principe, que tout ce que fait le mari dans les limites de ses pouvoirs, comme chef de la communauté, est censé fait par la femme elle-même, lorsqu'elle l'accepte. Sous ce rapport, l'hypothèque judiciaire doit produire le même effet qu'une hypothèque conventionnelle consentie par le mari.

[29] Cette seconde proposition paraît aussi généralement admise. Elle n'a été contestée à notre connaissance que par M. Troplong, qui enseigne (II, 436 *ter*) que l'hypothèque judiciaire résultant d'une condamnation prononcée contre le mari pendant la durée de la communauté, mais pour une dette antérieure au mariage, cesse de grever, après la dissolution et le partage de la communauté, les conquêts tombés au lot de la femme. L'éminent magistrat, qui s'appuie de l'opinion de Pothier (*De la communauté*, nos 752 à 754), nous semble n'avoir pas exactement saisi la distinction établie par cet auteur, distinction qui s'attache, non à la date de la dette elle-même, mais à celle du jugement de condamnation.

[30] Pothier, *loc. cit.* Delvincourt, III, p. 65. Persil, *Quest.*, vo Hypothèque judiciaire, § 4. Troplong, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Toullier, XIII, 263; Duranton, XIX, 498; Valette, *op. cit.*, p. 991; Pont, no 593. Il est vrai que les biens de la communauté sont, à l'égard des tiers, censés former partie intégrante du patrimoine du mari. Mais cette fiction cesse, lors de la dissolution de la communauté, par l'acceptation de la femme, qui, en vertu de l'effet rétroactif du partage, est considérée comme ayant toujours été propriétaire des conquêts tombés dans son lot. Si, malgré cela, elle peut être hypothécairement poursuivie sur les conquêts, à raison de condamnations prononcées contre le mari pendant le mariage, c'est bien moins en vertu de la fiction précédemment indiquée, que parce qu'elle est censée avoir été représentée par son mari dans tous les actes et jugements où ce dernier a figuré comme chef de la communauté. Or, ce motif fait complétement défaut, lorsqu'il s'agit de condamnations prononcées contre le mari antérieurement au mariage.

[31] On a quelquefois essayé de contester au créancier, porteur d'un titre exécutoire, la faculté de provoquer un jugement pour se procurer l'avantage d'une

suites exercées en vertu d'un pareil titre, en aurait ordonné la continuation jusqu'à parfait paiement[32]. En pareil cas, le créancier obtiendra une hypothèque sur tous les biens présents et à venir du débiteur, tout en conservant le bénéfice de son hypothèque spéciale.

Du reste, l'hypothèque judiciaire est, comme l'hypothèque légale, susceptible d'être réduite sous les conditions et dans les formes indiquées par les art. 2161, 2162 et 2163[33].

7° Le rang de l'hypothèque judiciaire se détermine, même pour les biens à venir, par la date de l'inscription, de sorte qu'elle prime, sur ces immeubles comme sur les immeubles présents, toutes les hypothèques judiciaires ou légales d'une origine postérieure à cette inscription[34].

C. *De l'hypothèque conventionnelle.*

§ 266.

1. *Des conditions requises dans la personne de celui qui constitue hypothèque.*

L'hypothèque peut être constituée, soit par le débiteur lui-même, soit par un tiers[1].

La faculté de consentir une hypothèque dépend d'une double

hypothèque générale, alors surtout que son titre lui conférait une hypothèque spéciale. Mais cette thèse, qui tend à retorquer contre le créancier les avantages attachés à son titre, est évidemment insoutenable, alors du moins qu'il a un intérêt sérieux et légitime à procéder comme il l'a fait. Il nous paraît donc certain que la condamnation obtenue en pareil cas emporte hypothèque, comme toute autre condamnation judiciaire. Grenier, I, 185. Merlin, *Rép.*, v° Titre confirmatif, n^os^ 3 et 4. Troplong, I, 442 *ter*. Valette, *op. cit.*, p. 982 et 983. Pont, n° 594. Riom, 25 mai 1816, Sir., 17, 2, 360. Req. rej., 23 avril 1823, Sir., 23, 1, 333. Civ. cass., 12 décembre 1824, Sir., 25, 1, 184. Req. rej., 1^er^ février 1830, Sir., 30, 1, 137. Orléans, 17 mars 1837, Sir., 37, 2, 291. Colmar, 24 juillet 1851, Sir., 52, 2, 506. Nancy, 8 mars 1854, Sir., 54, 2, 512. Paris, 8 décembre 1854, Sir., 54, 2, 782. Voy. en sens contraire: Montpellier, 12 janvier 1832, Sir., 32, 2, 528.

[32] Merlin, *op. et v° citt.*, n° 2. Req. rej., 23 avril 1823, Sir., 23, 1, 333. Req. rej., 20 avril 1825, Sir., 26, 2, 230. Nîmes, 5 janvier 1831, Sir., 31, 2, 94. Paris, 10 août 1850, Dalloz, 1851, 2, 173.

[33] Cpr. § 282.

[34] Lyon, 18 février 1829, Sir., 29, 2, 239. Caen, 5 avril 1856, Sir., 57, 2, 63.

[1] Arg., art. 1020 et 2077. Quoique le tiers qui, sans s'obliger personnellement envers le créancier, lui fournit seulement des sûretés hypothécaires, ne soit pas une caution proprement dite dans le sens de l'art. 2011 (cpr. § 423, texte et

condition. Il faut, en premier lieu, que le constituant soit propriétaire de l'immeuble, ou se trouve investi du droit immobilier qu'il entend grever d'hypothèque[2]. Il faut, en second lieu, qu'il ait la capacité de l'aliéner. Art. 2124 cbn. 2129, al. 1[3].

a. Il résulte de la première de ces conditions qu'on ne peut hypothéquer un immeuble déterminé, appartenant à autrui. L'hypothèque constituée sur l'immeuble d'autrui, nulle dans le principe, ne serait validée, ni par l'acquisition que le constituant ferait ultérieurement de cet immeuble, ni par la circonstance que celui auquel il appartient, viendrait à succéder au constituant à titre universel[4].

Il importe peu, à cet égard, que le constituant ait ou non déclaré que l'immeuble hypothéqué ne lui appartenait pas. Si, en déclarant qu'il appartenait à un tiers, il l'avait hypothéqué pour le cas où il en deviendrait propriétaire, l'acquisition qu'il en ferait ne validerait pas plus la constitution que s'il l'avait affecté comme lui appartenant actuellement[5].

Lorsque le constituant, en hypothéquant l'immeuble d'un tiers,

note), il n'en est pas moins admis à invoquer le bénéfice de l'art. 2037, voy. § 429, texte et note 12. Voy. cependant en sens contraire : Zachariæ, § 266, note 1re; Pont, nº 608. — D'un autre côté, le tiers dont il est ici question, doit encore, du moins dans une certaine mesure, être assimilé à la caution au point de vue du recours auquel ils se trouvent réciproquement soumis, lorsque l'un d'eux a payé la dette garantie tout à la fois par une hypothèque et par un cautionnement. Cpr. § 321, texte nº 4, lett. *e*, notes 61 et 62. — Voy. sur les effets de l'hypothèque constituée par un tiers, en ce qui concerne : les poursuites à exercer contre lui, la prescription, et la faculté de purger ; § 287, texte nº 6 ; § 293, texte nº 1 ; § 293 *bis*, texte et note 22.

[2] Ce que nous dirons ultérieurement de la constitution d'hypothèque sur des immeubles corporels, s'applique également à l'hypothèque constituée sur des droits réels immobiliers. Cpr. Bourges, 1er février 1831, Sir., 31, 2, 253.

[3] La condition d'être propriétaire de l'immeuble que l'on entend grever d'hypothèque, qui n'est indiquée qu'implicitement dans l'art. 2124, est exigée d'une manière formelle par l'art. 2129.

[4] La propriété de l'immeuble dans la personne du constituant n'est pas une simple condition de *capacité personnelle*, mais une condition de *la possibilité légale* de l'affectation hypothécaire en soi. A défaut de cette condition, la constitution d'hypothèque manquant, en quelque sorte, de matière ou d'assiette, se trouve entachée d'un vice réel et substantiel, que ni l'une ni l'autre des circonstances indiquées au texte ne saurait faire disparaître. C'est ce qui résulte invinciblement de l'art. 2129, qui ne se borne pas à déclarer qu'il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui a été constituée, avec désignation spéciale, sur des immeubles actuellement appartenant au débiteur, mais ajoute encore que les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués.

[5] Voy. en sens contraire : Troplong, II, 528 ; Zachariæ, § 266, texte et note 6.

s'est porté fort pour ce dernier, la ratification du propriétaire n'a pas pour effet de valider rétroactivement la constitution, et ne vaut que comme constitution nouvelle[6].

La nullité de l'hypothèque constituée sur l'immeuble d'autrui

Ces auteurs se fondent sur l'art. 2125, et sur cette idée que l'art. 2129 n'a d'autre objet que de prohiber l'hypothèque conventionnelle générale. Mais ces deux raisons sont sans valeur. De ce qu'il est permis d'hypothéquer un immeuble sur lequel on a un droit de propriété soumis à une condition suspensive, il n'en résulte nullement qu'on puisse hypothéquer un immeuble sur lequel on n'a aucun droit de propriété, même conditionnel, pour le cas où l'on en deviendrait propriétaire. D'un autre côté, l'art. 2129, al. 2, prohibe l'affectation hypothécaire des biens à venir d'une manière absolue, c'est-à-dire non-seulement pour le cas où l'hypothèque porterait sur tous les biens à venir, envisagés collectivement, mais même pour celui où il s'agirait d'une hypothèque constituée sur un immeuble futur, nommément déterminé. Nous ajouterons que l'art. 2130 indique d'une manière limitative les conditions sous lesquelles il est exceptionnellement permis d'hypothéquer des immeubles dont on n'est pas encore propriétaire; d'où la conséquence qu'en dehors de ces conditions, une pareille hypothèque ne saurait être valable.

[6] Nous différons d'opinion, sur ce point particulier, avec M. Pont, qui pense (nº 626) que, sous la réserve des droits antérieurement acquis aux tiers, la ratification du propriétaire valide rétroactivement la constitution hypothécaire, et lui assure par elle-même, et sans nouvelle inscription, tous ses effets pour l'avenir. Mais la règle *Ratihabitio mandato æquiparatur*, sur laquelle il se fonde, vraie pour les actes que le consentement des parties suffit à rendre efficaces, ne saurait s'appliquer à des actes pour la validité desquels la loi exige des conditions particulières et des formes spéciales. Or, telle est précisément la constitution d'hypothèque; et il nous paraît tout d'abord certain que la ratification par le propriétaire, de l'hypothèque qu'un tiers sans mandat a constituée en son nom, ne serait valable qu'autant qu'elle se trouverait consignée dans un acte passé devant notaire. D'un autre côté, et en supposant cette condition remplie, la ratification ne deviendrait efficace, à l'égard des tiers, qu'au moyen de l'énonciation dans une nouvelle inscription de l'acte qui la renferme. Jusque-là elle ne pourrait, faute de publicité légale, être opposée à ces derniers, qui seraient toujours admis à demander la nullité de l'inscription, sur le fondement de la nullité du seul titre qui s'y trouve mentionné. Cpr. § 209, texte, lett. A, nº 1, et note 6. Voy. en sens contraire: Req. rej., 3 août 1859, Sir., 59, 1, 801 et 811. Cpr. aussi Orléans, 13 novembre 1852, *Journ. du Pal.* 1853, 1, 353. Ce dernier arrêt, dont les motifs sont favorables à l'opinion de M. Pont, s'explique par les faits particuliers de l'espèce, et surtout par la circonstance que la débitrice, qui avait constitué hypothèque sur des immeubles indivis entre elle et son père, en se portant fort pour lui quant à sa part, avait eu soin de déclarer l'existence de cette hypothèque dans le nouvel acte de constitution fait, après la mort de son père, au profit d'un autre créancier. Le nouveau créancier, en effet, pouvait être considéré comme ayant accepté cette déclaration, et comme ayant ainsi renoncé au droit de contester la première hypothèque pour la part indivise des biens qui avait appartenu au père.

peut être proposée, non-seulement par le propriétaire de cet immeuble ou par ses ayants-cause[7], mais même par ceux auxquels le constituant l'aurait vendu ou hypothéqué, après en être devenu propriétaire[8]. Il y a plus, le constituant lui-même serait admis à opposer la nullité, à moins qu'il n'eût agi de mauvaise foi, et ne se fût ainsi rendu coupable de stellionat[9]. Mais le créancier contre

[7] Cette première partie de la proposition n'est pas contestable, et est généralement admise.

[8] Cpr. note 4 *supra*. Grenier, I, 51. Persil, sur l'art. 2124. Duranton, XIX, 367. Pont, nº 627. *Cour sup.* de Bruxelles, 11 janvier 1817, Sir., 21, 2, 223. Bordeaux, 16 juillet 1838, Sir., 38, 2, 502. Nancy, 30 mai 1843, Sir., 43, 2, 547. Dijon, 25 avril 1855, Sir., 55, 2, 403. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, vº Hypothèque, § 4 *bis*; Troplong, I, 522 à 524. Ces auteurs, dont l'opinion a été admise par la Cour de Metz (20 avril 1836, Sir., 38, 2, 197), invoquent, d'une part, la maxime *Confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis*, et prétendent, d'autre part, que les tiers auxquels le débiteur a vendu ou hypothéqué les immeubles sur lesquels il avait consenti hypothèque avant qu'il en fût propriétaire, n'étant que ses ayants-cause, ne peuvent, pas plus que lui, opposer la nullité de la première constitution hypothécaire. Mais ces motifs ne devaient pas prévaloir. La maxime *Confirmato jure dantis* etc. suppose dans la personne de celui qui a conféré des droits sur un immeuble, un titre de propriété entaché seulement de quelque vice susceptible d'être couvert, elle est sans application à la question qui nous occupe, puisque le débiteur qui hypothèque l'immeuble d'autrui, n'a aucun titre, et que le néant ne se confirme pas. L'acquisition qu'il fera ultérieurement de cet immeuble, ne se rattachant dans sa personne à aucun titre antérieur, c'est évidemment à tort que l'on croit pouvoir attribuer à cette acquisition le caractère et les effets d'une confirmation tacite de la constitution hypothécaire. Quant au second argument, il ne nous paraît pas plus solide. En admettant, ce qui est pour le moins contestable (voy. la note suivante), que le débiteur, devenu propriétaire de l'immeuble qu'il avait indûment hypothéqué, ne soit pas recevable à opposer lui-même la nullité de la constitution hypothécaire, on ne saurait en conclure que les personnes auxquelles il a plus tard conféré des droits réels sur l'immeuble, ne soient pas non plus admises à le faire. Si ces personnes sont les ayants-cause de leur débiteur ou vendeur, en tant qu'elles défendent leur position contre des prétentions qui s'attaquent au titre de leur auteur, et si, sous ce rapport, elles n'ont pas plus de droits que lui, elles agissent au contraire comme tiers, et en vertu d'un droit qui leur est propre, lorsqu'elles opposent la nullité d'une hypothèque constituée par leur auteur, même antérieurement à la naissance de leurs droits. Les conditions et formalités nécessaires à la validité et à l'efficacité des hypothèques étant prescrites, non dans le seul intérêt du débiteur lui-même, mais encore et surtout dans l'intérêt des tiers avec lesquels il pourra ultérieurement traiter, on ne comprendrait pas que ceux-ci fussent non recevables à proposer tel ou tel moyen de nullité, par cela seul qu'il ne serait pas autorisé à le faire lui-même.

[9] Pont, nº 630. Bordeaux, 21 décembre 1832, Sir., 33, 2, 205. Nancy, 20 mai 1843, Sir., 43, 2, 547.

lequel le débiteur demanderait la nullité de l'hypothèque et la radiation de l'inscription, pourrait exiger, soit la constitution d'une hypothèque régulière, soit le remboursement immédiat de sa créance [10].

Du reste, il n'est pas nécessaire, pour pouvoir hypothéquer un immeuble, qu'on le possède actuellement, ni même qu'on ait sur cet immeuble un droit de propriété non contesté et actuellement ouvert. Celui qui, sans posséder un immeuble, a, pour s'en faire déclarer propriétaire, une action, soit en revendication, soit en nullité ou en rescision de l'acte par lequel il l'avait aliéné, peut l'hypothéquer avant même d'avoir introduit son action [11]. D'un autre côté, rien n'empêche que celui qui a sur un immeuble un droit de propriété subordonné à une condition suspensive, ne puisse l'hypothéquer pour le cas où la condition s'accomplira. Art. 2125 [12].

Au contraire, l'ancien propriétaire, qui ne pouvait rentrer dans la propriété d'un immeuble valablement aliéné que par l'effet, soit d'une condition résolutoire, casuelle ou mixte, soit d'un pacte commissoire, exprès ou tacite, n'est pas autorisé à hypothéquer cet immeuble avant l'événement de la condition résolutoire, ou l'introduction de l'action en résolution. Il en serait ainsi notamment, du donateur privé d'enfants au moment de la donation, et du vendeur non payé, éventuellement appelés à rentrer dans la propriété de l'immeuble donné ou vendu, par la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfants, ou par la résolution

[10] La question de savoir si le débiteur, devenu propriétaire de l'immeuble qu'il avait indûment hypothéqué, est admis à se prévaloir de la nullité de la constitution hypothécaire pour demander la radiation de l'inscription, ne présente guère d'intérêt, ni pour le débiteur lui-même, ni pour le créancier, si l'on reconnaît à ce dernier le droit d'exiger, à défaut d'une constitution régulière, le remboursement immédiat de sa créance. Elle n'aurait quelque importance qu'au regard des héritiers du débiteur, et pour l'application des art. 873 et 1221, nº 2.

[11] Dans ces différentes hypothèses, le propriétaire n'a ni perdu ni réellement transmis la propriété de l'immeuble, et rien ne s'oppose dès lors à ce qu'il l'hypothèque quand bon lui semble. Si, pour faire reconnaître son droit de propriété, il peut se trouver dans la nécessité d'introduire une action, le jugement qui accueillera cette action constatera seulement que, propriétaire d'ancienne date, il n'a pas un seul instant cessé de l'être, et qu'il n'a transmis à personne des droits même simplement résolubles ou temporaires. Delvincourt, III, p. 292 et 293. Duranton, XIX, 276 et 277. Pont, nos 642 et 643. Martou, III, 965.

[12] Cpr. Metz, 20 avril 1836, Sir., 38, 2, 167.

judiciaire de la vente pour défaut de paiement du prix[13]. De même encore, le vendeur sous réserve de réméré ne pourrait pas hypothéquer l'immeuble vendu, avant l'exercice du retrait[14].

Chacun des copropriétaires d'un immeuble est autorisé à hypothéquer, soit sa part indivise dans l'immeuble commun, soit même la totalité ou une partie matériellement déterminée de cet immeuble; mais, comme cette affectation ne peut avoir lieu que sous la réserve des droits des autres communistes, le sort et les effets de l'hypothèque restent, d'une manière plus ou moins absolue, subordonnés au résultat du partage ou de la licitation[15].

Lorsque le copropriétaire qui n'a affecté que sa part indivise, devient, par suite du partage ou de la licitation, propriétaire de

[13] Jusque-là il serait impossible de considérer le vendeur ou le donateur comme propriétaires actuels de l'immeuble donné ou vendu, ou même comme ayant sur cet immeuble un droit de propriété subordonné à une condition suspensive, et l'hypothèque qu'ils auraient constituée, serait par conséquent nulle aux termes de l'art. 2129. En vain dirait-on que la propriété acquise sous une condition résolutoire seulement, implique, par une corrélation nécessaire, une autre propriété sous condition suspensive, et qu'ainsi le donateur et le vendeur sont à considérer comme ayant conservé sur l'immeuble donné ou vendu un droit de propriété soumis à une condition suspensive. Ces idées nous paraissent inexactes en théorie, et surtout inacceptables dans la matière qui nous occupe. Quand un immeuble n'a été aliéné que sous une condition résolutoire, il y a sans doute pour l'ancien propriétaire possibilité ou chance de rentrer dans la propriété, et, en général, le retour de la chose entre ses mains s'opérera avec effet rétroactif, comme si l'aliénation n'avait pas eu lieu; mais il n'a pas pour cela un droit de propriété conditionnelle dans le sens de l'art. 2125. Un pareil droit suppose un titre d'acquisition dont l'efficacité est subordonnée à un événement futur et incertain, et ne peut résulter en faveur du vendeur ou donateur de l'acte même par lequel il transmet son droit de propriété. Le propriétaire qui aliène sa chose, quoique sous une condition résolutoire seulement, ne s'en dépouille pas moins d'une manière complète de sa propriété; et, en cas de résolution, il y aura non point consolidation d'un droit acquis sous condition, mais tout simplement retour de la chose à l'ancien propriétaire, qui, dans l'intervalle, avait cessé de l'être. Si ce retour s'opère en général *ex tunc*, et si l'immeuble rentre dans le domaine de ce dernier avec anéantissement de tous les actes de disposition émanés de l'acquéreur, il n'en est pas moins vrai que de fait ce dernier aura été propriétaire dans l'intervalle de l'acquisition à sa résolution.

[14] Cpr. § 209, texte, lett. *B*, et note 67. Grenier, I, 153. Req. rej., 21 décembre 1825, Sir., 26, 1, 275. Bordeaux, 5 janvier 1833, Sir., 33, 2, 188. Cpr. Colmar, 12 juillet 1816, Sir., 18, 2, 7. Voy. en sens contraire : Duranton, XIX, 278; Troplong, II, 469; Duvergier, *De la vente*, n° 29; Taulier, VII, p. 256; Martou, III, 964; Pont, n° 639; Douai, 22 juillet 1820, Sir., 21, 2, 247.

[15] Voy. pour le développement de ces propositions : § 625, texte n° 1, notes 12 et 19.

la totalité de l'immeuble commun, l'hypothèque demeure, malgré cet événement, restreinte à la part indivise que le constituant avait dans cet immeuble[16].

Il est du reste entendu, que si un tiers se rend adjudicataire sur licitation d'un immeuble commun, les hypothèques consenties durant l'indivision par un ou plusieurs des copropriétaires, continuent de subsister pour la part indivise de chacun des constituants[17].

Les propositions précédentes sont indépendantes de la cause qui a produit l'indivision, et s'appliquent aux associés dans une société civile, comme aux cohéritiers, et aux copropriétaires d'un immeuble déterminé[18]. Mais elles ne concernent pas les associés dans une société de commerce : ceux-ci ne peuvent, tant que dure la société, hypothéquer valablement pour une part quelconque les immeubles sociaux[19].

Celui qui n'a sur un immeuble qu'un droit de propriété sujet à rescision ou à résolution, ne peut conférer qu'une hypothèque soumise aux mêmes éventualités de rescision ou de résolution. Art. 2125[20].

Si la rescision, comme l'annulation du titre de celui qui a constitué une hypothèque, entraîne toujours l'extinction de celle-ci, la résolution du titre du constituant laisse exceptionnellement subsister les hypothèques procédant de son chef, dans les cas prévus par les art. 952, 958 et 1054.

Quant à la résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix, elle fait, comme toute autre condition résolutoire, évanouir les hypothèques établies du chef de l'acquéreur, peu importe qu'elle ait été prononcée en justice[21], ou qu'elle ait été consentie

[16] Cpr. § 625, texte nº 1. Pont, nº 640. Civ. cass., 6 décembre 1826, Sir., 27, 1, 171.

[17] Cpr. § 625, texte nº 1 et note 8. Grenoble, 27 janvier 1859, Sir., 60, 2, 11.

[18] Voy. § 221, texte nº 1 et note 6; texte nº 2, notes 10 et 11.

[19] La raison en est que, pendant la durée d'une société de commerce, la propriété des immeubles sociaux réside dans la personne morale de la société. Quant aux parts des associés, elles sont purement mobilières, et ne peuvent par conséquent être hypothéquées. Art. 529. Cpr. § 165, texte nº 2, lett. *e*, notes 19 à 25. Mais la dissolution de la société par une cause quelconque ayant pour effet d'investir les associés personnellement de la propriété du fonds social, l'état d'indivision dans lequel ils resteraient, ne les empêcherait pas d'hypothéquer les immeubles dépendant de ce fonds. Civ. rej., 8 février 1847, Sir., 48, 1, 43.

[20] Voy. aussi art. 929, 952, 954, 963 et 1054.

[21] Les créanciers hypothécaires de l'acheteur seraient admis, même indépendamment de toute collusion entre lui et le vendeur, à former tierce opposition

à l'amiable, pourvu que, dans ce dernier cas, elle ait eu lieu sans fraude, c'est-à-dire par nécessité, et dans le but sérieux d'éviter un jugement de résolution[22].

L'hypothèque constituée par une personne qui, en vertu d'un titre régulier, était propriétaire apparent d'un immeuble, bien qu'en réalité elle ne fût qu'un simple prête-nom dépourvu de tout pouvoir d'hypothéquer, devrait, dans l'intérêt du créancier, être maintenue contre le véritable propriétaire et ses ayants-cause[23].

Les règles développées au n° 5 du § 616, sur le sort des ventes passées par l'héritier apparent et sur leurs effets au regard du véritable héritier, s'appliquent également aux hypothèques qu'il aurait constituées.

De même que l'on ne peut hypothéquer des immeubles déterminés appartenant à autrui, de même aussi on ne peut, en général, hypothéquer par anticipation, et d'une manière indéterminée, ses biens à venir. Art. 2129, al. 2.

Par exception à ce principe, le débiteur dont les biens présents et libres sont insuffisants pour la sûreté de la créance, peut, en exprimant cette insuffisance, et en donnant en hypothèque les immeubles dont il est actuellement propriétaire, consentir que chacun de ceux qu'il acquerra par la suite demeure, à mesure des acquisitions, affecté à son obligation[24]. Art. 2130. Cette faculté n'appartiendrait pas au débiteur qui, ne possédant actuellement aucun immeuble, ou qui, n'engageant pas ses immeubles présents, ne pourrait ou ne voudrait hypothéquer que ses biens à venir[25].

au jugement qui aurait à tort prononcé la résolution de la vente. Cpr. § 769, texte n° 2 et note 28. Pont, n° 647. Mais si le jugement avait été rendu à bon droit, ils ne seraient pas reçus, pour le faire rétracter, à offrir au vendeur de lui payer le prix ou le solde qui lui restait dû. C'est là une faculté qu'ils auraient sans doute pu exercer du chef de l'acheteur, mais dont ils ne peuvent plus faire usage dès que ce dernier lui-même en est déchu.

[22] Troplong, *De la vente*, II, 691. Martou, III, 970. Coulon, *Quest. de droit*, III, p. 436. Pont, n° 646. Req. rej., 10 mars 1836, Sir., 36, 1, 167. Bourges, 12 février 1853, Sir., 53, 2, 441. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 551 ; Duranton, XVI, 387.

[23] Cpr. § 410, texte, notes 10 et 11. Civ. cass., 30 mars 1836, Sir., 36, 1, 506. C'est à tort que M. Pont (n° 631) rattache la décision de cet arrêt à la jurisprudence relative aux ventes consenties par un héritier apparent.

[24] Cpr. sur le caractère et les effets d'une pareille constitution d'hypothèque : texte n° 3, *infra* ; § 273, texte et note 4 ; § 282, texte et note 5 ; § 287, texte n° 2 et note 19 ; § 291, texte et note 4.

[25] D'après le texte de l'art. 2130, comme d'après l'esprit de la loi, l'affectation hypothécaire de biens à venir ne peut être que subsidiaire : elle doit, pour

b. La seconde condition requise pour pouvoir constituer hypothèque est d'avoir la capacité d'aliéner les immeubles que l'on entend affecter. Art. 2124. La capacité de s'obliger n'emporte pas toujours et nécessairement celle de consentir hypothèque, de sorte que l'hypothèque constituée par le débiteur peut se trouver nulle à son égard, bien que l'engagement pour sûreté duquel il l'a établie, soit valable sous le rapport de sa capacité personnelle. C'est ainsi, par exemple, que le mineur émancipé, quoique capable de s'engager avec l'assistance de son curateur, ne peut, avec cette assistance seule, hypothéquer ses biens[26], et que la femme mariée qui, en cas de séparation de biens, peut valablement contracter certains engagements, reste, malgré cela, incapable d'hypothéquer ses immeubles sans l'autorisation de son mari, ou de la justice[27].

Par exception à la règle d'après laquelle il faut, pour pouvoir consentir une hypothèque, avoir la disposition de ses biens, le mineur émancipé, autorisé à faire le commerce, jouit de la faculté d'hypothéquer ses immeubles pour les opérations de son commerce, bien qu'il ne puisse les aliéner qu'en suivant les formalités prescrites pour la vente des biens de mineurs. Code de com., art. 6.

L'hypothèque constituée par une personne incapable de s'obliger, par exemple par un mineur, ou par une femme mariée non autorisée, n'est entachée que d'une nullité simplement relative, susceptible d'être couverte au moyen d'un acte de confirmation, tant et aussi longtemps que le constituant reste propriétaire de l'immeuble hypothéqué[28]. La confirmation donnée par le mineur

être permise, se rattacher comme sûreté complémentaire à une constitution d'hypothèque sur des biens présents. Persil, sur l'art. 2130, n° 7. Duranton, XIX, 375. Pont, n° 688. Rouen, 18 août 1820, Sir., 21, 2, 247. Riom, 25 novembre 1830, Sir., 33, 2, 526. Lyon, 12 décembre 1837, Sir., 38, 2, 431. Caen, 4 avril 1842, Sir., 42, 2, 399. Lyon, 9 avril 1845, Sir., 46, 2, 185. Dijon, 25 avril 1855, Dalloz, 1855, 2, 218. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 63 ; Troplong, II, 538 *bis;* Besançon, 29 août 1811, Sir., 33, 2, 526 à la note. Cpr. Riom, 25 mai 1816, Sir., 17, 2, 360. Cet arrêt, que nous avons déjà cité à la note 29 du § 265, n'est pas contraire à la proposition émise au texte.

[26] Arg. art. 484 cbn. 2124 et 2126. Arg. *a contrario* art. 6 du Code de commerce. Cpr. § 132, texte n° 2 et note 12. Pont, n° 613.

[27] Art. 217 et 1449, al. 3. Cpr. § 516, texte n° 7 et note 69.

[28] Le mineur ou la femme mariée qui, après la majorité ou la dissolution du mariage, auraient aliéné les immeubles précédemment hypothéqués, ne pourraient confirmer la constitution hypothécaire au préjudice des acquéreurs. Cpr. § 338, note 30.

devenu majeur, ou par la femme devenue veuve, remonte au jour de la constitution hypothécaire, et la valide même au regard de créanciers auxquels ils auraient, depuis la majorité ou la dissolution du mariage, conféré de nouvelles hypothèques [29].

Le débiteur non commerçant, qui se trouve au-dessous de ses affaires, ou qui est tombé en état de déconfiture, n'est pas pour cela privé de la faculté d'hypothéquer ses immeubles au profit, soit de créanciers nouveaux, soit de créanciers anciens [30].

Il en est autrement du commerçant failli. Le jugement déclaratif de la faillite le dessaisissant, dans l'intérêt de la masse, de l'administration de tous ses biens, lui enlève par cela même la faculté de les hypothéquer au préjudice des créanciers de la faillite. Il y a plus : la loi commerciale déclare nulles et sans effet, relativement à la masse, les hypothèques conventionnelles ou judiciaires constituées sur les biens du failli depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements, ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque, en tant qu'elles auraient pour objet de garantir des dettes antérieurement contractées. Code de commerce, art. 446. Quant aux hypothèques consenties par le failli, dans le même intervalle de temps, pour sûreté d'engagements nouveaux et contemporains, elles ne sont pas nulles de droit ; mais elles peuvent, selon les circonstances,

[29] La confirmation a de sa nature un effet rétroactif au jour de l'acte confirmé, avec lequel elle s'identifie ; et si, aux termes de la disposition finale de l'art. 1339, elle ne peut jamais préjudicier aux droits des tiers, cela doit s'entendre des droits tels que les tiers les avaient acquis. Or, les créanciers dont l'hypothèque est postérieure à celle qui avait été constituée en temps de minorité ou pendant le mariage, ne peuvent prétendre que la confirmation de cette dernière porte atteinte à leurs droits en leur enlevant l'avantage de la priorité de rang. Avertis qu'ils étaient de l'existence de cette hypothèque, ils ont pu et dû s'attendre à la voir confirmer, puisqu'en constituant à leur profit une nouvelle hypothèque, leur débiteur ne renonçait pas par cela seul à la faculté de confirmer celle qu'il avait précédemment consentie. Toullier, VII, 524, et VIII, 564. Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 4, n^os^ 6 et 7. Troplong, I, 487 et suiv. Pont, n° 616. Paris, 15 décembre 1830, Sir., 31, 2, 83. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 42 ; Battur, I, 160 ; de Fréminville, *De la minorité*, II, 926 ; Martou, III, 979 ; Zachariæ, § 266, texte et note 12, § 339, texte et note 27 ; Nancy, 1^er^ mai 1812, Sir., 13, 2, 50 ; Paris, 23 juillet 1838, Sir., 39, 2, 5. — La Cour de Douai (18 mai 1840, Sir., 40, 2, 289) a même jugé que la ratification par le mineur devenu majeur, d'une hypothèque consentie en minorité, ne peut être opposée à la femme avec laquelle il avait dans l'intervalle contracté mariage. Cpr. encore sur la question : Delvincourt, II, p. 813 ; Duranton, XIII, 285, XIX, 344 et 347.

[30] Cpr. § 582, texte et notes 3 à 5. Pont, n° 622.

être annulées, si les créanciers qui les ont obtenues, ont traité avec le failli en connaissance de la cessation de ses paiements[31]. Code de commerce, art. 447. Du reste, le failli n'étant frappé que d'une incapacité purement relative, prononcée dans l'intérêt exclusif des créanciers de la masse, il ne peut s'en prévaloir lui-même pour demander, après avoir été rétabli à la tête de ses affaires par un concordat, la nullité des hypothèques qu'il a consenties, et la radiation des inscriptions prises pour leur conservation[32].

Le débiteur dont les immeubles ont été saisis réellement, conserve, même après la transcription de la saisie, la faculté de les hypothéquer, bien qu'il ne puisse plus les aliéner[33].

Celui qui a fait à ses créanciers une cession de biens non translative de propriété, conserve de même, malgré l'acceptation volontaire de la cession, ou son admission par jugement, la faculté de constituer des hypothèques sur les immeubles abandonnés[34].

[31] La seule circonstance que le créancier a traité avec le failli en connaissance de la cessation de paiements, n'est pas exclusive de sa bonne foi, et n'entraîne pas nécessairement l'annulation de son hypothèque. Renouard, *Des faillites*, sur l'art. 446. Bédarride, *Des faillites*, I, 122, Esnault, *Des faillites*, I, 186. Req. rej., 8 mars 1854, Sir., 56, 1, 170. Civ. cass., 24 décembre 1860, Sir., 61, 1, 538. Cpr. cependant : Angers, 25 avril 1860, Sir., 60, 2, 289.

[32] Lainé, *Des faillites*, p. 66. Esnault, *Des faillites*, I, 116. Bravard et Demangeat, *Traité de Droit commercial*, V, p. 213 et la note. Paris, 3 décembre 1846, Sir., 58, 1, 707, à la note. Orléans, 16 juin 1852, Sir., 53, 2, 661 et 663. Aix, 7 août 1856, Sir., 56, 2, 561. Req. rej., 15 juillet 1857, Sir., 58, 1, 705. Douai, 17 février 1859, Sir., 59, 2, 294. Cpr. aussi Req. rej., 17 juillet 1861, Sir., 62, 1, 374. Voy. en sens contraire : Poitiers, 2 mai 1854, Sir., 58, 1, 705 à la note.

[33] *Non obstat* Code de procédure, art. 686. Il n'y a, quant à l'application de cet article, aucune assimilation à établir entre l'aliénation et l'hypothèque. Une constitution hypothécaire n'entrave nullement la marche de la saisie. D'un autre côté, elle ne porte atteinte, ni aux droits des créanciers hypothécaires antérieurs, ni à ceux des créanciers chirographaires, auxquels la saisie n'a conféré aucun droit nouveau. C'est au surplus dans le sens de la solution donnée au texte que la question a été décidée lors de la discussion de la loi du 2 juin 1841, sur les ventes judiciaires de biens immeubles. Grenier, I, 111. Battur, I, 181. Persil, *Commentaire de la loi du 2 juin 1841*, p. 131 et suiv. Pont, nos 353 et 623. Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, vo Saisie immobilière, § 6, art. 1, no 14.

[34] Le débiteur qui a fait cession de biens, agit sans doute contrairement à la loi de son contrat en grevant d'hypothèques les immeubles abandonnés ; et les créanciers au profit desquels l'abandon a eu lieu, seraient par ce motif autorisés à demander la résiliation de ce contrat. Mais, comme le débiteur n'a pas pu, par une cession de biens non translative de propriété, s'enlever, au regard des

La validité de pareilles hypothèques ne saurait être contestée, alors du moins qu'elles ont été consenties au profit de créanciers nouveaux, ou même de créanciers anciens qui n'auraient pas pris part au contrat d'abandon [35].

2. *Des actes contenant constitution d'hypothèque.*

L'hypothèque conventionnelle ne peut, en règle, être constituée que par des actes passés devant notaire, dans la forme ordinaire des actes notariés [36]. Art. 2127 [37]. Les constitutions d'hypothèques contenues dans d'autres actes, même authentiques, et notamment dans un procès-verbal dressé par un juge de paix en bureau de conciliation, seraient destituées d'efficacité [38].

On doit cependant accorder à un acte sous seing privé contenant constitution d'hypothèque, l'effet d'un acte notarié, lorsqu'il a été reconnu devant notaire, ou même, lorsque le débiteur, en le déposant entre les mains d'un notaire, en a fait régulièrement constater le dépôt, soit en présence, soit en l'absence du créancier [39]. Le dépôt effectué par le créancier seul ne validerait pas la

tiers, la faculté de disposer des biens dont il restait propriétaire, et qu'une pareille cession, qui n'est soumise à aucune mesure de publicité, ne saurait être opposée à ces derniers, on doit en conclure que les hypothèques consenties à leur profit sont parfaitement valables. Cette conclusion, nous le reconnaissons, est contraire à l'opinion commune. Voy. Merlin, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 4, n° 6; Persil, sur l'art. 2146, n° 10; Grenier, I, 124; Pont, n° 621; Zachariæ, § 266, texte et note 13. Mais nous croyons d'autant plus devoir y persister qu'elle rentre parfaitement dans l'esprit qui a dicté les dispositions de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription.

[35] L'hypothèque constituée au profit d'un créancier ayant figuré au contrat d'abandon serait inefficace, non point à raison de l'incapacité du constituant, mais par le motif que ce contrat fixe d'une manière définitive les droits respectifs des créanciers qui y ont concouru, et que l'un d'eux ne peut plus dès lors améliorer sa condition au détriment des autres. Cpr. § 587.

[36] Les constitutions d'hypothèque ne sont pas comprises au nombre des actes qui, d'après l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, exigent, à peine de nullité, la présence réelle à leur réception du notaire en second ou des témoins.

[37] Il suit de l'art. 2127 que les effets et l'étendue d'une hypothèque ne peuvent être réglés d'après des conventions renfermées dans un acte sous seing privé. Civ. cass., 1er décembre 1852, Sir., 54, 1, 93.

[38] Art. 2127, cbn. Code de procédure, art. 54. *Discussion au Conseil d'État*, sur ce dernier article (Locré, XXI, p. 252 et 253, n° 9). Cpr. § 419, texte *in fine* et note 5; 568 *bis*, note 10. Pont, n° 662. Rennes, 12 août 1814, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Priviléges et Hypothèques, n° 1270.

[39] *Discussion au Conseil d'État*, sur l'art. 2127 (Locré, *Lég.*, t. XVI, p. 254, n° 10). Grenier, I, 67 et 68. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèques, sect. II,

constitution d'hypothèque, à moins qu'il ne l'eût opéré en vertu d'un mandat régulier conféré par le débiteur[40]. Quant à la reconnaissance faite en justice de l'écriture ou de la signature d'un acte sous seing privé, portant constitution d'hypothèque, elle ne validerait pas cette constitution[41].

Bien que l'art. 20 de la loi du 25 ventôse an XI ne range pas formellement les actes de constitution d'hypothèque au nombre de ceux qui sont susceptibles d'être délivrés en brevet, on doit cependant admettre la validité d'une constitution hypothécaire consentie dans un acte notarié dont il n'a pas été gardé minute[42].

La circonstance que l'acte notarié contenant une affectation hypothécaire, n'aurait pas été enregistré dans le délai fixé par la loi, ne porterait aucune atteinte à l'hypothèque[43].

L'hypothèque, qui d'ordinaire est établie par le même acte que la créance qu'elle est destinée à garantir, peut être constituée par un acte séparé; et, dans ce cas, il n'est pas nécessaire que la créance elle-même soit constatée par acte notarié. Le mandat à l'effet de constituer une hypothèque doit, à peine de nullité de la constitution, être donné par acte notarié[44].

§ 3, art. 6. Persil, sur l'art. 2127, nº 5. Troplong, I, 506. Duranton, XIX, 361. Pont, nº 661. Civ. rej., 11 juillet 1815, Sir., 15, 1, 336. Req. rej., 25 février 1824, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 1, 403. Caen, 22 juin 1824, Dalloz, 1825, 2, 112. Civ. rej., 15 février 1832, Sir., 32, 1, 790. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 159; Bugnet, sur Pothier, *De l'hypothèque*, nº 49.

[40] Metz, 24 mars 1819, Sir., 19, 2, 332.

[41] Toulouse, 18 décembre 1816, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 215. Cpr. § 568 *ter*, texte nº 1 et note 7.

[42] C'est ce que l'on doit, selon nous, conclure des mots de l'art. 2148, *l'original en brevet*, qui ne sauraient s'entendre que d'actes notariés délivrés en brevet, et qui supposent ainsi que l'hypothèque peut être valablement conférée par de pareils actes. Pont, nºs 665 et 942. Voy. en sens contraire : Duranton, XIX, 357.

[43] Arg. art. 33 et 34 de la loi du 22 frimaire an VII. Troplong, II, 507. Toulouse, 12 décembre 1835, Sir., 36, 2, 432. Cpr. Req. rej., 23 janvier 1810, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 1, 144. — Merlin (*Rép.*, vº Enregistrement, § 4, et vº Hypothèque, sect. II, § 3, art. 6, nº 4) et Grenier (I, 17) enseignent le contraire, en se fondant sur l'art. 9 de la loi des 15-19 décembre 1790, qu'ils soutiennent n'avoir pas été abrogé par l'art. 73 de la loi du 22 frimaire an VII. Mais l'interprétation restrictive qu'ils donnent à ce dernier texte, est contraire à l'économie générale de la loi dont il fait partie.

[44] En effet, le consentement du débiteur à la constitution de l'hypothèque par un mandataire ne résulte que du mandat même; il ne serait donc plus, comme l'exige l'art. 2127, constaté par acte authentique, si la procuration était sous seing privé. Cpr. § 411, texte et note 6. Loi du 23 mars 1855, art. 9. Grenier,

La constitution d'hypothèque doit, comme toute autre convention, être acceptée par le créancier. Lorsqu'elle a été consentie par un acte dans lequel ce dernier n'a pas figuré, elle peut être acceptée ultérieurement, et une pareille acceptation rétroagit au jour même de la constitution [45]. A la différence de la constitution hypothécaire elle-même, l'acceptation peut être faite par acte sous seing privé, et même avoir lieu tacitement[46]. D'un autre côté, l'hypothèque peut être valablement acceptée au nom du créancier par un tiers agissant sans mandat exprès. Mais si l'acceptation avait été faite dans l'acte même de constitution par le notaire qui l'a reçu, cet acte serait à considérer comme dépourvu d'authenticité, et par suite comme n'ayant pu conférer hypothèque[47].

Du reste, la forme notariée, exigée pour la constitution hypothécaire, n'est pas requise pour la simple promesse de constituer une hypothèque[48]: sous quelque forme qu'une pareille promesse ait eu lieu, le créancier est en droit d'en exiger l'accomplissement au moyen de la passation d'un acte notarié, et en cas de refus du débiteur, de provoquer contre lui un jugement, qui emportera hypothèque judiciaire[49].

En vertu des dispositions spéciales de l'art. 14, tit. II, de la loi

I, 68. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 6. Ducruet, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, p. 40. Merville, *Revue pratique*, 1856, II, p. 97. Pont, n° 657. Riom, 31 juillet 1851, Sir., 51, 2, 698. Civ. rej., 23 mai 1854, Sir., 54, 1, 322. Civ. cass., 12 novembre 1855, Sir., 56, 1, 254. Amiens, 9 avril 1856, Sir., 56, 2, 333. Toulouse, 9 juillet 1859, Sir., 59, 2, 407. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2127, n° 6 ; Battur, I, 168 ; Troplong, I, 510 ; Marcadé, *Revue critique*, 1852, II, p. 190 ; Civ. rej., 25 mai 1819, Sir., 19, 1, 324 ; Caen, 22 juin 1824, Dalloz, 1825, 2, 112 ; Req. rej., 5 juillet 1827, Sir., 28, 1, 105.

[45] Civ. rej., 5 août 1839, Sir., 39, 1, 753.

[46] La disposition de l'art. 932, spéciale aux donations entre-vifs, et exceptionnelle de sa nature, ne saurait être étendue à toutes les conventions pour la validité desquelles la loi exige un acte notarié. Pont, n° 659. Paris, 22 avril 1835, Sir., 35, 2, 373. Lyon, 9 mai 1837, Sir., 37, 2, 468. Civ. rej., 5 août 1839, Sir., 39, 1, 753. Voy. cependant : Toulouse, 31 juillet 1830, Sir., 31, 2, 133.

[47] Merville, *Revue pratique*, 1856, I, 308. Rouen, 2 février 1829, Sir., 30, 2, 175. Besançon, 17 juillet 1844, Sir., 46, 2, 171. Civ. rej., 3 août 1847, Sir., 47, 1, 725. Limoges, 11 juillet 1854, Sir., 54, 2, 769. Amiens, 9 avril 1856, Sir., 56, 2, 333. Grenoble, 8 juillet 1858, Sir., 60, 2, 188. Civ. cass., 11 juillet 1859, Sir., 59, 1, 551. Cpr. Toulouse, 31 juillet 1830, Sir., 31, 2, 133.

[48] Pont, n° 658. Pau, 16 juillet 1852, Sir., 52, 2, 417. Req. rej., 5 novembre 1860, Sir., 61, 1, 858. Cpr. Civ. rej., 27 août 1844, Sir., 44, 1, 740.

[49] Valette, *Revue de Droit français et étranger*, 1849, VI, p. 981.

des 28 octobre-5 novembre 1790 et de l'art. 3 de celle du 4 mars 1793, les actes des autorités administratives, relatifs à la gestion des biens domaniaux et aux marchés faits au nom de l'État avec des fournisseurs, entrepreneurs, ou ouvriers, sont susceptibles de contenir des constitutions d'hypothèque pour sûreté des engagements contractés envers l'État[50].

[50] L'art. 14, tit. II, de la loi des 28 octobre-5 novembre 1790, dont les dispositions ont été étendues, par l'art. 3 de celle du 4 mars 1793, aux marchés passés au nom de l'État, porte ce qui suit : « Le ministère des notaires ne sera « nullement nécessaire pour la passation desdits baux, ni pour tous les autres « actes d'administration. Ces actes, ainsi que les baux, emporteront hypothèque « et exécution parée. » En assimilant ainsi les actes des autorités administratives aux actes notariés, et en leur attribuant la force d'exécution parée, le législateur a établi une règle spéciale de Droit administratif, que n'ont point abrogée l'art. 3 de la loi de brumaire an VII, et l'art. 2127 du Code Napoléon, qui exigent un acte notarié pour la constitution d'hypothèque : *Lex generalis non derogat speciali.* Quant à la disposition qui attachait une hypothèque générale et tacite aux actes des autorités administratives, elle ne contenait qu'une application de l'ancien principe d'après lequel les actes notariés emportaient de plein droit une hypothèque conventionnelle tacite sur tous les biens du débiteur, et n'a pu survivre à l'abrogation de ce principe par la loi de brumaire an VII, et à la prohibition de toute stipulation d'hypothèque sur les biens à venir. Nous concluons de ces principes : 1° que les actes administratifs dont il est question au texte, sont encore aujourd'hui susceptibles de contenir des stipulations d'hypothèques dans les termes de l'art. 2129 ; 2° mais qu'ils ne produisent plus de plein droit, ni une hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur, ni même une hypothèque spéciale sur ses immeubles présents. La première de ces propositions, conforme à l'opinion de MM. Favard de Langlade (*Rép.*, v° Louage, sect. I, § 4, n° 2), Grenier (I, 9), Duranton (XIX, 360), et Foucart (*Droit administratif*, II, 1117), a été formellement consacrée par la Cour de cassation. Voy. Req. rej., 3 juillet 1817, Sir., 18, 1. 368 ; Civ. cass., 12 janvier 1835, Sir., 35, 1, 11. Cpr. aussi les deux arrêts suivants qui, se rapportant à des actes antérieurs à la loi de brumaire, ne sont pas directement applicables à la question : Civ. rej., 3 mai 1843, Sir., 43, 1, 369 ; Civ. rej., 9 juin 1847, Sir., 48, 1, 54. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 505 *bis* ; Pont, n° 663 ; Zachariæ, § 266, note 14. Quant à la seconde proposition, sur laquelle MM. Duranton et Foucart ne s'expliquent pas nettement, elle a été également admise par M. Favard (*op. v° et loc. citt.*), et par la Cour de cassation (Req. rej., 26 mars 1806, Sir., 6, 2, 758). Voy. en sens contraire : Paris, 29 mai 1830, Sir., 30, 2, 231. — Nous ferons remarquer que les dispositions des lois précitées ayant été appliquées aux baux à ferme des hospices et d'autres établissements de bienfaisance ou d'instruction publique, un décret du 12 août 1807 ordonna qu'à l'avenir ces baux seraient passés aux enchères devant notaire, et que les hypothèques seraient stipulées dans la forme déterminée par le Code Napoléon. La règle posée par ce décret ayant été déclarée applicable aux baux des biens des communes, la question qui nous occupe, ne peut plus se présenter que pour

Les actes passés par des autorités étrangères, quoique dans la forme prescrite par les lois du pays où ils ont été reçus, ne peuvent conférer hypothèque sur des immeubles situés en France, à moins de dispositions contraires dans les traités politiques[51]. Art. 2128.

3. *Des énonciations que doit contenir l'acte constitutif d'hypothèque.*

Cet acte doit donner, sur les parties contractantes, sur la créance pour sûreté de laquelle l'hypothèque est établie, et sur les immeubles qui y sont soumis, des indications précises et suffisantes pour servir de base à l'inscription. Les dispositions de la loi relatives au contenu de l'inscription s'appliquent donc en général à l'acte constitutif de l'hypothèque. Cependant, si le montant de la créance que l'hypothèque doit garantir est indéterminé, les parties ne sont pas tenues d'en faire une évaluation approximative dans cet acte : il suffira que le créancier donne cette évaluation dans l'inscription. Art. 2132[52].

En ce qui concerne, en particulier, les immeubles qu'il s'agit d'affecter, l'acte constitutif de l'hypothèque doit déclarer spécialement la nature et la situation de chacun de ces immeubles. Art. 2129. En d'autres termes, il doit les désigner séparément et

les actes spécialement mentionnés dans les lois de 1790 et de 1793. — Il est du reste bien entendu que des particuliers figurant dans un acte administratif, tel qu'un acte de remplacement militaire, ne pourraient dans cet acte constituer une hypothèque, l'un au profit de l'autre. Décret du 29 mai 1811.

[51] Cpr. § 32, texte, notes 12 et 13.

[52] La rédaction de l'art. 2132 laisse à désirer sous le rapport de la clarté, et présente même une incorrection, en ce qu'elle assimile les obligations conditionnelles aux obligations indéterminées dans leur valeur, alors qu'une obligation, quoique conditionnelle, peut avoir pour objet une somme d'argent fixe et déterminée ; mais la pensée de la loi ressort malgré cela avec certitude de l'ensemble des dispositions de cet article. Cette pensée est celle-ci : l'acte constitutif de l'hypothèque devrait, pour répondre complètement aux exigences du principe de la spécialité, indiquer toujours d'une manière précise la somme ou valeur pour laquelle l'hypothèque est consentie. Mais, comme cette condition est impossible à remplir directement pour les obligations de faire ou de ne pas faire, et pour toutes celles dont la valeur est indéterminée, il n'y avait, en ce qui les concerne, que deux partis à prendre : c'était, ou d'imposer aux contractants la nécessité de convenir d'une évaluation dans l'acte de constitution, ou de laisser au créancier le soin de faire cette évaluation dans l'inscription, sauf au débiteur à en demander la réduction, si elle lui paraissait excessive. C'est ce dernier parti que le législateur a adopté. Cpr. § 274. Pont, nos 702 et suiv.

individuellement par leur nature de bâtiment, terre, pré, vigne, bois etc., en indiquant la commune et, autant que possible, la partie du territoire de la commune où chacun d'eux est situé.

Cette règle doit, même au cas d'une constitution hypothécaire faite conformément à l'art. 2130, recevoir son application quant aux immeubles présents; mais elle est, par la force même des choses, étrangère aux immeubles à venir.

A défaut d'une désignation spéciale donnée dans la forme qui vient d'être indiquée, la constitution d'hypothèque devrait être déclarée nulle, dans le cas même où l'affectation porterait sur tous les immeubles que le débiteur possède dans telle ou telle commune: une désignation collective de la nature ou de la situation de ces immeubles ne suffirait pas à la réalisation complète du principe de la spécialité, et ne remplirait par conséquent pas le vœu de la loi[53]. Toutefois, s'il s'agissait d'hypothéquer un do-

[53] L'art. 4 de la loi du 11 brumaire an VII, qui portait simplement: «Toute «stipulation d'hypothèque doit indiquer *la nature et la situation des immeubles «hypothéqués*», n'excluait pas d'une manière formelle les désignations collectives de ces immeubles. Mais, en ajoutant à ce texte, dans l'art. 2129, les mots *spécialement* et *chacun*, et surtout en le faisant suivre de cette disposition: «Cha-«cun de tous ses biens présents peut être *nominativement* soumis à l'hypo-«thèque», les rédacteurs du Code ont évidemment exigé une désignation séparée et individuelle des immeubles affectés. D'un autre côté, ils ont subordonné à l'observation de cette formalité la validité de toute constitution d'hypothèque. Malgré cela, la jurisprudence et la plupart des auteurs admettant, pour l'application de l'art. 2129, une distinction entre le cas où le débiteur n'entend hypothéquer que quelques-uns des immeubles qu'il possède actuellement, et celui où il affecte tous ses immeubles présents, se contentent, au dernier cas, d'une désignation collective. Toutefois les partisans de ce système sont en désaccord sur le point de savoir si, dans la dernière de ces hypothèses, il est indispensable d'indiquer, au moins en termes généraux, que les immeubles grevés consistent en bâtiments, terres, prés, vignes etc., ou s'il suffit de les désigner par la seule indication de leur situation dans telle commune, ou dans tel arrondissement. Voy. pour la première solution: Merlin, *Rep.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 6, n° 64; Persil, sur l'art. 2129, n° 4; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Priv. et hyp., n° 1294; Duranton, XX, 371; Civ. cass., 23 août 1808, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 1, 571; Aix, 30 août 1809, Sir., 10, 2, 82; Civ. cass., 20 février 1810, Sir., 10, 1, 178; Angers, 16 août 1826, Sir., 26, 2, 322; Poitiers, 6 avril 1827, Sir., 27, 2, 155; Req. rej., 19 février 1828, Sir., 28, 1, 354; Civ. rej., 26 avril 1852, Sir., 52, 1, 513. Voy. pour la seconde solution: Grenier, I, 71; Troplong, 536 *bis*; Civ. rej., 6 mars 1820, Sir., 20, 1, 173; Req. rej., 28 août 1821, Sir., 21, 2, 420; Riom, 15 avril 1826, Sir., 28, 2, 188; Grenoble, 27 juillet 1829, Dalloz, 1830, 2, 120; Bourges, 23 avril 1841, Sir., 42, 2, 585; Nancy, 30 mai 1843, Sir., 43, 2, 547. La doctrine qui regarde comme suffisante une désignation collective,

maine, par exemple une métairie, connu sous une dénomination spéciale, il suffirait de le désigner par ce nom avec indication de la commune où il est situé [54].

lorsque le débiteur déclare hypothéquer tous les immeubles qu'il possède dans telle commune, ou dans tel arrondissement, se fonde sur ce qu'en pareil cas toute confusion est impossible, et qu'ainsi l'indication spéciale de chacun des immeubles affectés devient sans objet. Mais, à notre avis, cette doctrine est aussi contraire à l'esprit de la loi qu'au texte formel de l'art. 2129. Le principe de la spécialité a été introduit dans le triple but : 1° de prémunir le débiteur contre la facilité avec laquelle il pourrait se laisser entraîner à consentir des hypothèques trop étendues, qui épuiseraient sans nécessité son crédit ; 2° de prévenir les entraves que de pareilles hypothèques apporteraient à la libre transmission des biens ; 3° de rendre la publicité des hypothèques aussi complète que possible. Or, permettre au débiteur d'affecter, par une constitution faite d'une manière générale, tous les immeubles qu'il possède actuellement dans une ou plusieurs communes, ou même dans un ou plusieurs arrondissements, n'est-ce pas précisément l'exposer au danger dont le législateur a voulu le préserver ? N'est-ce pas aussi faire revivre, du moins partiellement, au préjudice de l'intérêt public, les inconvénients des hypothèques générales ? Et ne doit-on pas reconnaître, à l'un et à l'autre de ces points de vue, que de pareilles formules de constitution hypothécaire ne sauraient remplir le vœu de la loi ? Enfin, les inscriptions contenant des désignations simplement collectives ne procureraient qu'une publicité incomplète, en ce que, à elles seules, elles ne suffiraient pas à faire connaître la situation hypothécaire du débiteur, et que, pour savoir si tels ou tels de ses immeubles sont encore libres, les tiers seraient obligés de rechercher en dehors du registre des inscriptions les dates des acquisitions successives qu'il a pu faire. D'où la conséquence que, sous ce rapport encore, le but de la loi ne serait pas complétement atteint. Du reste, si une désignation collective des immeubles hypothéqués pouvait être considérée comme suffisante, par le motif qu'elle exclut toute possibilité d'erreur ou de confusion de la part des tiers, il n'y aurait plus de raison sérieuse pour exiger, outre l'indication de la situation des biens, celle de leur nature de bâtiments, terres, prés etc., puisque cette dernière indication se trouve implicitement comprise dans la formule par laquelle le débiteur déclare affecter tous les immeubles sans distinction qu'il possède actuellement dans telle commune ou dans tel arrondissement, et ne fournit aux tiers aucun renseignement nouveau. Mais cette conséquence même, si manifestement contraire à la disposition irritante de l'art. 2129, et devant laquelle la Cour de cassation semble reculer, est une preuve nouvelle de l'erreur où l'on tombe quand, dans l'examen de la question qui nous occupe, on ne tient compte que de la position des tiers acquéreurs ou créanciers. Voy. dans le sens de notre opinion : Pont, n° 674.

[54] L'exploitation commune à laquelle sont soumis tous les immeubles composant un domaine, en forme comme un seul fonds (*universitas facti*), qui est suffisamment désigné par sa situation et le nom sous lequel il est connu. Arg., Code de proc., art. 64. Merlin, *Quest.*, v° Insc. hyp., § 12. Grenier, I, 71. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Priv. et Hyp., n°s 1290 et 1292. Req. rej., 15 juin 1815, Sir., 15, 1, 348. Riom, 14 février 1816, Sir., 17, 2, 205. Civ. rej., 1er avril 1817, Sir., 17, 1, 348. Req. rej., 10 février 1829, Dalloz, 1829, 1, 144. Cpr. aussi Civ.

La loi n'ayant pas déterminé les éléments ou indications qui doivent entrer dans la désignation de la nature et de la situation de chacun des immeubles hypothéqués, il appartient aux tribunaux de décider, par appréciation de l'ensemble des énonciations de l'acte constitutif de l'hypothèque et des circonstances de la cause, si, quant à tel ou tel des immeubles hypothéqués, la désignation est suffisamment précise pour écarter toute erreur ou confusion [55]. C'est ainsi que la désignation des immeubles hypothéqués peut être déclarée suffisante, malgré le défaut d'indication de la commune où ils sont situés, ou l'erreur commise dans le nom de cette commune [56].

Il appartient également aux tribunaux de décider en fait si une constitution d'hypothèque, d'ailleurs régulière en la forme, comprend ou non tel ou tel des immeubles du débiteur [57].

La nullité résultant du défaut de spécialité d'une constitution hypothécaire, peut être opposée par le débiteur lui-même ou ses héritiers, comme par les tiers [58], et n'est pas susceptible d'être réparée ou couverte au moyen d'une désignation spéciale insérée dans l'inscription [59]. Il en est autrement d'une désignation simple-

rej., 24 janvier 1825, Sir., 26, 1, 38. Voy. cep Bordeaux, 17 août 1814, Sir., 15, 2, 147; Paris, 6 mars 1815, Sir., 16, 2, 329.

[55] Pont, n° 675. Civ. rej., 16 août 1815, Sir., 18, 1, 145. Civ. rej., 15 février 1836, Sir., 36, 1, 471. — Il faut se garder de confondre la question indiquée au texte avec celle de savoir si une constitution hypothécaire répond, sous le rapport de la spécialité, aux prescriptions de l'art. 2129. Cette dernière, d'où dépend la validité même de la constitution, n'est pas, comme la première, une simple question de fait, mais une véritable question de droit : elle doit être décidée par application des dispositions de l'article précité, qui a posé et organisé le principe de la spécialité. La confusion que nous signalons, se rencontre cependant dans la plupart des arrêts cités à la note 53, *supra*.

[56] Merlin, *Rép*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 6, n° 62. *Dissertation*, Sir., 13, 2, 177. Aix, 13 novembre 1812, Sir., 13, 2, 187. Civ. rej., 25 novembre 1813, Sir., 14, 1, 44. Req. rej., 6 février 1821, Sir., 21, 1, 419. Grenoble, 10 juillet 1823, Sir., 24, 2, 79. Nancy, 28 avril 1826, Sir., 27, 2, 220. Req. rej., 14 juin 1831, Sir., 31, 1, 357. Bordeaux, 6 mai 1848, Sir., 49, 2, 609.

[57] Req. rej., 6 avril 1841, Sir., 41, 1, 634. Req. rej., 8 avril 1844, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Priv. et Hyp., n° 1295.

[58] Grenier, I, 65. Troplong, II, 515. Bourges, 17 janvier 1816, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 95. La cour de Toulouse (6 mars 1819, Dev. et Car., *op. cit.*, VI, 2, 38) a cependant jugé que la nullité dont il s'agit, ne pouvait être opposée que par les tiers. Mais, en faisant ainsi de la spécialité une simple condition ou un pur élément de publicité, elle a méconnu l'objet et la portée de ce principe.

[59] Civ. cass., 23 août 1808, Sir., 8, 1, 489. Civ. cass., 20 février 1810, Sir., 10,

ment insuffisante des immeubles compris dans une constitution d'ailleurs spéciale. Cette défectuosité, dont le débiteur lui-même ne serait pas admis à se prévaloir pour demander la nullité de la constitution, peut être réparée, quant aux tiers, à l'aide d'indications plus complètes ou plus précises données dans l'inscription[60].

4. Des obligations pour sûreté desquelles l'hypothèque peut être consentie.

Toute constitution d'hypothèque suppose une obligation valable et civilement efficace. L'annulation ou la rescision de l'obligation ferait tomber l'hypothèque consentie pour la garantir. Art. 2180, n° 1, cbn. 1234.

L'hypothèque peut être établie pour sûreté de toute espèce d'obligations, quelles qu'en soient la nature et les modalités. Ainsi elle peut être attachée à une obligation conditionnelle, ou même simplement éventuelle, et notamment à celle qui résultera d'un prêt à effectuer, ou de la réalisation d'une ouverture de crédit[61].

Lorsqu'un crédit n'a été limité que quant à la somme pour laquelle il est accordé, l'hypothèque garantit cette somme jusqu'à concurrence des avances réellement effectuées, à quelque époque d'ailleurs qu'elles aient eu lieu.

Lors, au contraire, qu'un crédit ouvert par compte courant a été limité, non-seulement quant à la somme pour laquelle il est accordé, mais encore quant à sa durée, l'hypothèque ne garantit que le solde du compte arrêté, réellement ou fictivement, au terme fixé par l'acte d'ouverture. Si le compte avait été continué au delà de ce terme, le solde définitif ne serait assuré hypothécairement

1, 178. Civ. rej., 26 avril 1852, Sir., 52, 1, 513. Cpr. cep. Lyon, 27 mars 1832, Sir., 33, 2, 282.

[60] Cpr. Pau, 23 août 1834, Sir., 35, 2, 120.

[61] Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 3, n° 2. Persil, *Quest. hyp.*, I, chap. IV, Toullier, VI, 546. Grenier, I, 26. Troplong, II, 480. Duranton, XIX, 244. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, 934. Pont, *Revue critique*, 1858, XII, p. 193 et suiv. Doublet, *Revue pratique*, 1859, VII, p. 194 et suiv. Rouen, 9 mars 1830, Sir., 31, 2, 245. Voy. aussi les arrêts cités à la note 66 *infra*. — On avait voulu soutenir le contraire en disant que celui à qui une avance a été promise, demeurant libre de l'accepter ou de la refuser, son obligation est nulle comme dépendant d'une condition potestative. Voy. en ce sens : Delvincourt, III, p. 298 ; Battur, II, 263 ; Colmar, 18 avril 1806, Sir., 6, 2, 981. Mais cette opinion, qui ne reposait que sur une application manifestement fausse de l'art. 1174, n'a pas prévalu.

que jusqu'à concurrence de la somme dont le créditeur se trouvait créancier au jour primitivement fixé pour la clôture du compte[62]. Mais aussi l'hypothèque couvrirait-elle cette somme, sans que les tiers fussent admis à prétendre, sous couleur de compensation ou d'imputation de paiements, que, le solde au jour fixé pour la clôture du compte s'étant ultérieurement, et à un moment donné, trouvé nivelé ou réduit, l'hypothèque avait été éteinte ou réduite avec la dette elle-même[63].

Les parties sont libres de régler, comme elles l'entendent, l'emploi du crédit ouvert. Elles peuvent notamment convenir que le crédit sera appliqué au paiement d'une dette antérieure du crédité, soit envers le créditeur lui-même, soit envers un tiers; et il n'appartiendrait pas à d'autres créanciers hypothécaires ou aux tiers-détenteurs des biens hypothéqués, de critiquer un pareil mode d'emploi du crédit[64].

La réalisation du crédit n'a pas besoin d'être établie par des actes authentiques Les avances ou versements faits par le créditeur peuvent être prouvés à l'aide de simples actes sous seing privé, ou de la correspondance des parties, ou même, s'il s'agit de relations entre commerçants, par leurs livres de commerce[65].

[62] Si la prorogation du crédit, qui est dans le droit des parties, doit produire entre elles tous ses effets, et si, par suite, le créditeur doit, malgré les fluctuations du compte courant, être considéré comme créancier, en vertu de l'ouverture de crédit, du reliquat tel qu'il ressortira de la clôture réelle et définitive du compte, il est évident que cette prorogation ne saurait avoir pour résultat de grever, au préjudice des tiers, la situation hypothécaire du débiteur au delà de ce qu'elle eût présenté, si le compte avait été arrêté au jour indiqué dans l'inscription pour sa clôture. Pont, *op. cit.*, p. 198 et suiv., n° 4. Civ. cass., 22 mars 1852, Sir., 52, 1, 308. Paris, 21 décembre 1852, Sir., 53, 2, 5.

[63] Il est, en effet, de principe constant que les règles ordinaires sur la compensation et l'imputation des paiements ne sont point applicables en matière de compte courant, et que, jusqu'à la clôture définitive du compte, il n'existe que des balances ou soldes provisoires. Pont, *op. cit.*, p. 201 et suiv., n° 5. Paris, 21 décembre 1852, Sir., 53, 2, 6. Cpr. aussi Req. rej., 11 décembre 1848, Sir., 49, 1, 115; et l'arrêt de cassation cité à la note précédente.

[64] Pont, *op. cit.*, p. 202 et 203, n° 6. Aix, 29 mai 1841, Sir., 41, 2, 520. Caen, 24 mai 1842, Sir., 42, 2, 488. Nîmes, 3 août 1854, Sir., 55, 1, 769. Cpr. Req. rej., 2 juin 1863, Sir., 63, 1, 335.

[65] Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 3, n° 1. Troplong, II, 477 et 508. Pont, *op. cit.*, p. 203 et suiv., n° 7. Doublet, *op. cit.*, p. 201 et 202. Douai, 17 décembre 1833, Sir., 34, 2, 279. Aix, 29 août 1841, Sir., 41, 2, 520. Poitiers, 9 janvier 1844, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Priv. et hyp., n° 1323. Cpr. texte n° 2, *supra*.

L'hypothèque stipulée pour sûreté d'un crédit ouvert prend rang du jour de son inscription, et non pas seulement du jour des avances faites au crédité[66].

[66] Dans nos précédentes éditions, nous avions, avec d'imposantes autorités, professé l'opinion contraire, fondée sur ce que, le crédité ne devant se trouver engagé que par la réalisation successive du crédit, l'effet de l'hypothèque ne pouvait, pour chacun des versements effectués par le créditeur, remonter au delà du jour où ils ont eu lieu. Mais un nouvel examen de la question nous a portés à abandonner cette manière de voir. Il est vrai que la convention d'ouverture de crédit n'engendre, par elle-même, aucune obligation, même simplement conditionnelle, à la charge du crédité, et que jusqu'à la réalisation du crédit il ne saurait être question que d'une obligation éventuelle. Mais les obligations de cette nature peuvent, dès avant leur formation, faire l'objet d'une garantie hypothécaire comme d'un cautionnement personnel, et rien ne s'oppose en droit à ce que, conformément à la disposition générale de l'art. 2134, l'on s'attache, pour la fixation du rang du créancier, à la date de l'inscription, et non pas seulement à celle des versements successifs par lui effectués La loi elle-même admet, pour les hypothèques légales, que l'effet en remonte à une date antérieure à la naissance des créances qu'elles sont destinées à garantir ; et il est évident que, dans l'intention commune des parties, l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert doit prendre rang du jour de l'inscription, car autrement elle n'offrirait qu'une garantie illusoire, ou tout au moins incertaine. Or, il y a d'autant plus de raison de se conformer à l'intention des parties, que les tiers sont mis en garde par l'inscription, et qu'il importe, dans l'intérêt du commerce et des transactions en général, d'encourager les ouvertures de crédit, en permettant de les entourer de garanties solides. Nous ajouterons que l'ouverture d'un crédit n'est pas, comme le prêt ordinaire, une convention simplement unilatérale; elle participe de la nature des contrats synallagmatiques, en ce que le créditeur est obligé de tenir les fonds à la disposition du crédité, et que l'obligation du crédité de rembourser les sommes qui lui seront avancées est le corrélatif et forme la cause de la promesse du créditeur. A ce point de vue, il est tout naturel que l'existence de l'hypothèque constituée par le crédité remonte au jour même de la convention, et qu'elle garantisse au créditeur, à partir de ce jour, le remboursement de la créance éventuelle qui naîtra de l'accomplissement de sa propre obligation, actuellement exigible. Aussi est-ce ainsi que la question a été résolue par l'art. 4 de la loi du 10 juin 1853, relative aux sociétés de crédit foncier. Voy. en ce sens: Grenier, I, 296; Persil, sur l'art. 2114, n° 3; Pardessus, *Cours de Droit commercial*, IV, 1137; Zachariæ, § 266, note 23; Pont, *op. cit.*, p. 206 et suiv., n° 8; Doublet, *op. cit.*, p. 199 à 201; Observations de la Faculté de droit de Strasbourg (*Doc. hyp.*, III, p. 346); Rouen, 24 avril 1812, Sir., 13, 2, 270; Liége, 28 juin 1823, Sir., 23, 2, 348; Req. rej., 10 août 1831, Sir., 31, 1, 371; Douai, 17 décembre 1833, Sir., 34, 2, 27; Paris, 20 août 1841, Sir., 41, 2, 541; Paris, 30 mars 1842, Sir., 43, 2, 113; Besançon, 30 novembre 1848, Sir., 48, 2, 729; Civ. cass., 21 novembre 1849, Sir., 50, 1, 91; Req. rej., 8 mars 1852, Sir., 55, 1, 214. Voy. en sens contraire: Basnage, *Des hypothèques*, ch. I, sect. 3; Toullier, VI, 546; Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 3, n° 2; Troplong, II, 479 et 480; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, 934.

Lorsque, en vertu de la convention d'ouverture de crédit, le crédité a souscrit des effets de commerce, l'hypothèque par lui constituée s'attache à ces effets, et passe avec eux à la personne des porteurs successifs, par le seul fait des endossements; et, en pareil cas, tous les tiers porteurs de ces effets ont droit d'être colloqués concurremment et à la date même de l'inscription, sans égard à la date des endossements respectifs[67].

5. *Des modalités de la constitution hypothécaire*

La constitution d'hypothèque est, comme toute autre convention, susceptible des modalités sous lesquelles les parties jugent convenable de la stipuler et de la consentir. L'effet de l'hypothèque peut donc être limité à un certain temps, et son existence même être subordonnée à une condition[68].

Toutefois, la clause par laquelle il aurait été convenu, qu'à défaut de paiement de la dette dans un délai fixé, le créancier deviendrait propriétaire des immeubles hypothéqués, serait à considérer comme non avenue, encore qu'elle eût été déguisée sous la forme d'une vente conditionnelle[69]. Il en serait de même de la convention qui autoriserait le créancier à faire procéder, en cas de non paiement, à la vente des immeubles de son débiteur, sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière[70]. Code de procédure, art. 742.

[67] Colmar, 30 décembre 1850 et 29 mars 1852, Sir., 54, 2, 487.

[68] Cpr. Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 14; Civ. cass., 5 décembre 1809, Sir., 10, 1, 89.

[69] Arg., art. 2078 et 2088. Troplong, III, 795, 4°. Paris, 22 messidor an XI, Sir., 7, 2, 872. Bourges, 8 février 1810, Sir., 12, 2, 20. Turin, 21 juillet 1812, Sir., 13, 2, 223. Voy. en sens contraire : Toulouse, 16 mars 1812 et 1er mars 1822, Sir., 24, 2, 14 et 15.

[70] Voy. sur cette convention, connue sous de clause *de voie parée :* § 581, texte *in principio,* et notes 4 à 6. Cpr. aussi sur l'opportunité de l'abrogation de l'art. 742 du Code de procédure et du rétablissement de la clause de voie parée : ***Dissertation***, par Lavielle, ***Revue critique***, 1860, XVII, p. 13 et suiv. Cpr. en sens contraire, pour le maintien de la législation existante : ***Dissertation***, par Rameau, ***Revue critique***, 1860, XVII, p. 420.

CHAPITRE IV.

De l'inscription des priviléges et des hypothèques.

§ 267.

Généralités sur l'inscription.

L'inscription est le moyen établi par la loi pour réaliser le principe de la publicité des priviléges et des hypothèques. Elle consiste dans la déclaration ou description de ces droits sur les registres de la conservation des hypothèques.

L'efficacité, à l'égard des tiers, des hypothèques et des priviléges sur les immeubles[1], est en général[2] subordonnée à l'existence d'une inscription régulière, prise en temps utile, et dûment renouvelée. Art. 2106, 2134, 2166 et 2154.

Par tiers on entend en cette matière, non-seulement les acquéreurs des immeubles grevés, et les autres créanciers hypothécaires ou privilégiés du débiteur commun, mais encore ses créanciers simplement chirographaires[3]. Un créancier, quoique pourvu d'une hypothèque ou d'un privilége, ne peut donc, en l'absence d'une inscription valable, ni suivre, par voie de poursuite hypothécaire, les immeubles grevés entre les mains des tiers acquéreurs, ni réclamer, sur le prix de ces immeubles, un droit de préférence au détriment d'autres créanciers, même purement chirographaires.

Mais, en ce qui concerne le débiteur du chef duquel procède l'hypothèque ou le privilége, et ses héritiers ou successeurs universels, l'effet de ces droits est indépendant de l'inscription, dont la nécessité n'est imposée que dans l'intérêt des tiers[4]. Il en résulte

[1] Les priviléges sur les meubles ne sont point assujettis à l'inscription.

[2] Voy. au § 269 les exceptions que reçoit ce principe.

[3] Arg., art. 2093. Le privilége ou l'hypothèque ne constitue une cause légitime de préférence, qu'autant que le créancier qui veut s'en prévaloir, a rempli les formalités prescrites par la loi pour l'efficacité de pareils droits. D'un autre côté, les créanciers, même simplement chirographaires, ne sont plus les ayants-cause du débiteur, mais de véritables tiers, en tant qu'ils contestent l'exercice d'une cause quelconque de préférence. Cpr. § 756, texte nº 2 et note 109. Aussi la proposition énoncée au texte est-elle généralement admise. Tarrible, *Rép.*, vº Insc. hyp., § 2. Grenier, I, 60. Troplong, II, 568. Pont, nº 729. Flandin, *De la transcription*, II, 1539. Req. rej., 19 décembre 1809, Sir., 10, 1, 101. Civ. rej., 11 juin 1817, Sir., 18, 1, 41.

[4] Grenier, I, 66. Battur, III, 383. Troplong, II, 567. Pont, nº 730. Civ. cass., 16 avril 1839, Sir., 39, 1, 511.

que le débiteur ne peut, ni attaquer une inscription comme vicieuse ou incomplète[5], ni se prévaloir du défaut de renouvellement d'une inscription prise contre lui[6]. Spécialement, le débiteur qui, après avoir aliéné l'immeuble hypothéqué, aurait, à son tour, obtenu de l'acquéreur une hypothèque sur cet immeuble, ne serait pas admis à exciper du défaut de renouvellement des inscriptions prises contre lui, pour faire valoir cette hypothèque au détriment de ses propres créanciers hypothécaires[7]. Il résulte enfin de la même proposition que le créancier ayant hypothèque du chef de son débiteur défunt, peut, sans avoir pris inscription, et malgré le principe de la division des dettes entre les héritiers du débiteur, poursuivre, pour le total de sa créance, l'héritier détenteur de l'immeuble ou de l'un des immeubles hypothéqués[8].

La connaissance personnelle que des tiers auraient obtenue, par une voie quelconque, de l'existence d'un privilége ou d'une hypothèque, ne saurait suppléer à l'inscription, seul mode ou instrument légal de publicité. Les tiers acquéreurs ou créanciers sont donc admis, sauf les cas de dol ou de fraude, et sauf encore engagement contraire, à se prévaloir de l'absence de toute inscription, ou du défaut de renouvellement de l'inscription, sans qu'on puisse leur opposer la connaissance qu'ils avaient acquise de l'hypothèque, avant d'avoir traité avec le débiteur[9].

L'inscription suppose une hypothèque ou un privilége valablement acquis. Les omissions ou les vices qui se rencontreraient dans l'acte constitutif de ces droits, ne sont pas susceptibles d'être réparés au moyen d'une inscription régulière[10]. Réciproque-

[5] Merlin, *Quest.*, v° Insc. hyp., § 1, *in fine*. Besançon, 22 juin 1809, Sir., 13, 2, 318. Paris, 16 mai 1822, Sir., 22, 2, 381.

[6] Voy. l'arrêt de cassation cité à la note 4 *supra*.

[7] Req. rej., 24 juillet 1855. Dalloz, 1855, 1, 396.

[8] Art. 1221, n° 1. Cpr. § 215, texte, lett. *C*, n° 2 et note 58.

[9] Troplong, II, 569. Pont, n° 728. Paris, 21 juillet 1807, Sir., 7, 2, 179. Bruxelles, 6 juin 1809, Sir., 14, 2, 62. Cpr. Req. rej., 7 décembre 1831, Sir., 33, 1, 315. La critique que M. Pont (*loc. cit.*) fait de cet arrêt ne nous paraît pas fondée. La Cour de cassation n'a pas admis, comme il semble le croire, que l'inscription pût être suppléée par la simple connaissance que les tiers auraient acquise de l'hypothèque ; elle a pensé que la Cour, dont l'arrêt lui était déféré, avait pu faire ressortir, des faits personnels au demandeur en cassation lui-même, une fin de non-recevoir, qui ne lui permettait pas d'exciper du défaut d'inscription.

[10] Tarrible, *Rép.*, v° Insc. hyp., § 8, n° 12. Civ. cass., 23 août 1808, Sir., 8, 1, 489. Civ. cass., 20 février 1810, Sir., 10, 1, 178. Civ. rej., 26 avril 1852, Sir., 52, 1, 513. Cpr. cep. Lyon, 27 mars 1832, Sir., 33, 2, 282.

ment, une inscription incomplète ou vicieuse ne pourrait être validée par le motif que l'acte d'où résulte le privilége ou l'hypothèque contiendrait toutes les énonciations exigées par la loi.

§ 268.

Des fonctionnaires chargés de procéder à l'inscription. — Notions générales sur les attributions et la responsabilité des conservateurs des hypothèques[1].

La tenue des registres destinés, tant à l'inscription des priviléges ou hypothèques, qu'à la transcription des actes ou jugements sujets à cette formalité, et des procès-verbaux de saisie immobilière, est confiée à des fonctionnaires publics appelés conservateurs des hypothèques.

Ces fonctionnaires sont tenus de fournir un cautionnement en immeubles, qui doit être reçu par le tribunal civil de la situation des biens, contradictoirement avec le procureur impérial. Ce cautionnement est spécialement et exclusivement affecté à la responsabilité qu'ils peuvent encourir dans l'exercice de leur charge. Loi du 21 ventôse an VII, art. 5 à 8.

Il existe un bureau des hypothèques par chaque arrondissement communal. Il est établi dans la ville où siége le tribunal de première instance[2]. Loi du 21 ventôse an VII, art. 2. La compétence des conservateurs, en ce qui concerne leurs diverses attributions, se détermine par la situation des immeubles au sujet desquels il s'agit d'effectuer une inscription ou une transcription. Elle s'ap-

[1] Voy. sur l'institution des conservateurs des hypothèques : Édit de mars 1673 ; Édit de juin 1771 ; Loi des 27 janvier-4 février 1791 ; Loi du 9 messidor an III ; Loi du 21 ventôse an VII. Cette dernière loi, qui est intitulée *Loi relative à l'organisation de la conservation des hypothèques*, forme encore aujourd'hui, avec les art. 2196 à 2203 du Code Napoléon, la législation sur la matière. — Voy. pour les salaires dus aux conservateurs des hypothèques : Loi du 21 ventôse an VII, art. 15 ; Décret du 21 septembre 1810 ; Ordonnance du 10 octobre 1841, et Décret du 24 novembre 1855. — Voy. aussi sur la forme dans laquelle les conservateurs sont admis à se défendre en justice, suivant les différentes hypothèses dans lesquelles ils peuvent être actionnés : Décision des ministres de la justice et des finances du 2 décembre 1807, Sir., 8, 2, 3 ; Grenier, II, 536 ; Bruxelles, 11 juin 1812, Sir., 13, 2, 218.

[2] Dans le département de la Seine, où il n'existe qu'un seul tribunal de première instance, il a été établi trois bureaux de conservation des hypothèques, l'un pour la ville de Paris, un autre pour l'arrondissement de Saint-Denis, et le troisième pour l'arrondissement de Sceaux.

plique, pour chaque conservateur, à tous les immeubles situés dans l'arrondissement de sa résidence, sans jamais pouvoir s'étendre au-delà. Les formalités d'inscription ou de transcription relatives à des actions immobilisées de la Banque de France, s'accomplissent à Paris où se trouve le siége de la Banque[3].

En cas d'absence ou d'empêchement, le conservateur est suppléé par le vérificateur ou l'inspecteur de l'enregistrement, et à leur défaut, par le plus ancien surnuméraire du bureau. Il demeure garant de cette gestion[4], sauf son recours contre ceux qui l'ont remplacé. Loi du 21 ventôse an VII, art. 12. Le conservateur devrait, pour la bonne règle, se faire remplacer par l'un de ces fonctionnaires, toutes les fois qu'il est question, soit d'inscriptions à prendre à son profit personnel, soit de la délivrance d'états ou d'extraits des inscriptions existant à sa charge ou des transcriptions faites sur lui-même. Toutefois, comme aucune loi ne lui prescrit formellement de s'abstenir en pareil cas, et ne le déclare incapable de fonctionner, on ne pourrait déclarer nuls ou inefficaces, ni les inscriptions prises par un conservateur sur lui-même[5] ou à son profit[6], ni même les états ou extraits par lui délivrés des inscriptions existant à sa charge ou des transcriptions opérées sur lui-même[7].

[3] Delvincourt, III, p. 352. Cpr. § 174 *bis*, texte et note 8.

[4] Bordeaux, 24 juin 1813, Sir., 15, 2, 115.

[5] En imposant au conservateur l'obligation de prendre inscription sur son cautionnement, l'art. 7 de la loi du 21 ventôse an VII reconnaît que rien ne s'oppose à ce que le conservateur opère une inscription sur lui-même. Aussi ce point est-il généralement admis. Persil, sur l'art. 2196, nº 6. Duranton, XX, 139. Paris, 13 novembre 1811, Sir., 12, 2, 16.

[6] Duranton, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2195, nº 5. D'après cet auteur, l'inscription opérée par le conservateur dans son propre intérêt devrait rester sans effet, puisque, par cette inscription, il se décerne un titre à lui-même, ce qui ne saurait être admis. Cette manière de voir est contraire au véritable caractère de l'inscription hypothécaire, qui n'est point un titre dans le sens propre du mot, et n'a d'autre objet que de porter l'hypothèque à la connaissance du public. D'ailleurs, de deux choses l'une: ou l'inscription aura été faite sans droit, ou sans les énonciations requises par la loi, et alors elle tombera ; ou elle sera fondée sur un titre valable, et réunira tous les éléments nécessaires, et dans ce cas le but de la loi aura été complétement rempli.

[7] Cette question, nous le reconnaissons, est beaucoup plus délicate que celle qui fait l'objet de la note précédente. Nous estimons : 1º que le tiers qui, ayant acheté des immeubles hypothéqués du chef d'un conservateur des hypothèques, a payé son prix sur le vu d'un état des inscriptions délivré par ce conservateur lui-même, peut, malgré cette circonstance, invoquer le bénéfice de l'art. 2198;

Les registres dont la tenue est prescrite aux conservateurs des hypothèques sont, d'une part, le registre d'ordre ou de remises de pièces, et d'autre part, les registres dits *de forme*, c'est-à-dire le registre des inscriptions, celui des transcriptions, et celui qui est spécialement destiné à la transcription des procès-verbaux de saisie immobilière. Tous ces registres sont en papier timbré, cotés par première et dernière et parafés à chaque page par l'un des juges du tribunal dans le ressort duquel le bureau est établi. Ils doivent être tenus sans aucun blanc ni interligne, et arrêtés chaque jour, comme ceux de l'enregistrement. Art. 2201 et 2203.

Les bureaux de conservation des hypothèques doivent rester fermés, pour tout le monde, les dimanches et jours de fête légale. Il est défendu aux conservateurs de procéder, pendant ce temps,

2° que la délivrance par le conservateur d'un extrait incomplet des inscriptions prises sur lui-même, constitue de sa part un fait de charge, à raison duquel les tiers induits en erreur par cet extrait peuvent agir sur le cautionnement et, le cas échéant, contre les cautions personnelles du conservateur. Mais ces solutions, dont la seconde cependant a été consacrée par un arrêt de la Cour impériale de Paris du 31 août 1837, Sir., 39, 2, 515, sont repoussées par la généralité des auteurs, qui refusent tout caractère officiel et toute efficacité à l'extrait hypothécaire que le conservateur aurait délivré sur lui-même. Voy. Delvincourt, III, p. 170; Grenier, II, 535; Battur, IV, 777; Duranton, XX, 139 et 431; Troplong, IV, 999. Voy. aussi dans le même sens : Paris, 22 janvier 1810, Sir., 12, 2, 14; Paris, 13 novembre 1811, Sir., 12, 2, 16. Cette doctrine, selon nous, a le tort de créer un empêchement ou une incapacité que le législateur n'a pas jugé nécessaire d'établir, et d'étendre les règles concernant la rédaction des actes authentiques à des documents qui n'en comportent pas l'application. Le conservateur qui délivre un état des inscriptions prises sur lui-même, ne crée point à son profit un titre de nature à lui conférer un droit quelconque. Que si, dans cet état, il omet une ou plusieurs des inscriptions subsistant à sa charge, il commet sans doute une fraude dont il sera responsable; mais cette fraude n'empêchera pas qu'il n'ait agi dans l'exercice de ses fonctions, et n'inficiera pas, au préjudice d'un acquéreur de bonne foi, le caractère et l'effet légal de l'état par lui délivré. En supposant qu'il fût question d'un état des inscriptions prises, non sur le conservateur lui-même, mais contre sa femme, ou l'un de ses proches parents, on n'irait certainement pas jusqu'à refuser tout effet à cet état, par le seul motif qu'il aurait été délivré par le conservateur personnellement. Et cela ne prouve-t il pas que la doctrine que nous combattons manque de base légale? Tout ce qu'il nous paraît possible d'admettre, c'est que les tribunaux pourraient refuser au tiers-acquéreur le bénéfice de la disposition de l'art. 2198, non-seulement en constatant l'existence d'un concert entre lui et le conservateur, mais même en déclarant simplement que, d'après l'ensemble des circonstances, il a commis une grave imprudence, en se contentant d'un état ou d'un extrait délivré par son vendeur.

des actes quelconques de leur ministère[8]. Cependant les inscriptions ou transcriptions opérées en contravention à cette défense ne seraient point nulles pour cela[9].

Les conservateurs des hypothèques sont obligés d'inscrire sur le registre d'ordre, jour par jour, et par ordre numérique de présentation, les remises de bordereaux ou d'actes déposés par les personnes qui requièrent une inscription hypothécaire ou une transcription, et de délivrer à tout déposant, s'il l'exige, une reconnaissance sur papier timbré, contenant l'indication du numéro sous lequel a été inscrite la remise des pièces[10]. Ils ne peuvent opérer les inscriptions ou transcriptions qu'à la date et dans l'ordre des remises qui leur ont été faites. Art. 2200.

Les conservateurs des hypothèques sont tenus de procéder sans retard aux inscriptions ou transcriptions régulièrement requises. Art. 2199. Ils ne sont point juges de la valeur des actes ou titres qui leur sont présentés à l'appui de pareilles réquisitions, et ne pourraient, sous le prétexte, soit de l'irrégularité ou de la nullité de ces actes, soit de l'inutilité de la formalité, refuser d'opérer une inscription hypothécaire ou une transcription. Toutefois, si un conservateur avait refusé de formaliser une inscription dans un cas où le droit hypothécaire, prétendu par le requérant, était manifestement sans existence légale, il ne serait passible, ni de dommages-intérêts, ni même d'une peine disciplinaire[11].

En vertu de l'art. 2108, les conservateurs sont tenus d'inscrire d'office les créances privilégiées résultant des actes translatifs de propriété immobilière, présentés à la transcription[12]. L'art. 7 de la loi du 21 ventôse an VII, et l'art. 7 de celle du 5 septembre

[8] Instruction de la Régie du 22 décembre 1807, Sir., 9, 2, 224. Décision des ministres de la justice et des finances du 29 juillet 1808, Sir., 8, 2, 255.

[9] Req. rej., 18 février 1808, Sir., 8, 1, 255.

[10] Le conservateur est en droit d'exiger que le déposant reçoive la reconnaissance dont il s'agit, et en paie le timbre. Troplong, IV, 1009. Baudot, I, 157.

[11] Pont, nº 1434. Agen, 6 août 1852, Sir., 52, 2, 428. Req. rej., 3 janvier 1853, Sir., 53. 1, 422.

[12] Cpr. sur cette obligation : § 270. — En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, les conservateurs des hypothèques ne sont tenus, ni même autorisés, lors de la transcription du jugement d'expropriation, à prendre des inscriptions d'office, dans l'intérêt des propriétaires expropriés, pour les prix de cession qui seront ultérieurement fixés. De pareilles inscriptions entraîneraient des frais inutiles, et compliqueraient sans nécessité la procédure d'expropriation, telle que la loi du 3 mai 1841 l'a organisée. Civ. rej., 13 janvier 1847, Sir., 47, 1, 139. Req. rej., 22 mai 1854, Sir., 54, 1, 733.

1807, leur imposent également l'obligation de prendre des inscriptions sur leurs propres biens, et sur ceux de certains comptables publics[13].

Les conservateurs sont chargés d'effectuer, sous les conditions déterminées par la loi, la radiation ou la réduction des inscriptions. Art. 2157 et suiv.[14].

Enfin, ils sont obligés de délivrer sans retard à tous ceux qui le requièrent, soit un état des transcriptions et mentions opérées sur leurs registres, ou des inscriptions qui s'y trouvent portées, soit un certificat constatant l'absence de transcriptions ou d'inscriptions. Art. 2196 et 2199. Loi du 23 mars 1855, art. 5.

Les réquisitions faites à cet effet doivent être présentées par écrit, à moins que le requérant ne déclare ne savoir signer, auquel cas le conservateur transcrit en tête de l'état ou du certificat qu'il délivre, les termes de la demande verbale[15]. Le requérant n'a pas besoin de justifier d'un intérêt légal. Il lui est loisible de restreindre sa demande aux objets ou de la renfermer dans les limites qu'il juge convenable; et le conservateur ne pourrait l'obliger à recevoir un état plus étendu. C'est ainsi, par exemple, que le tiers acquéreur peut, en réclamant la délivrance d'un état hypothécaire, demander que cet état ne comprenne que les inscriptions existant sur tel immeuble, ou procédant du chef de l'un seulement des anciens propriétaires[16].

Le conservateur des hypothèques auquel a été demandé un état général des inscriptions prises sur certains immeubles, peut et doit comprendre dans cet état toutes les inscriptions encore subsistantes, sans aucune distinction entre celles qui seraient régulières et celles qui ne le seraient pas[17]. Mais il ne doit y faire en-

[13] Le conservateur est-il obligé de renouveler avant l'expiration de dix ans les inscriptions d'office prises en vertu des dispositions indiquées au texte? Voy. § 280.

[14] Voy. § 281 et 282.

[15] *Instruction de la Régie*, Sir., 41, 2, 208. Flandin, *De la transcription*, II, 1305.

[16] Pont, n° 1441. Flandin, *op. cit.*, II, 1288 et 1289. Bonnet, *Revue critique*, 1860, XVII, p. 220. Caen, 26 décembre 1848, Sir., 49, 2, 669. Angers, 23 août 1856, Dalloz, 1856, 2, 270. Req. rej., 26 juillet 1859, Sir., 59, 1, 641. Poitiers, 2 juillet 1860, Sir., 61, 2, 64. — La question a été décidée dans ce sens, quant à l'état des transcriptions, par l'art. 5 de la loi du 23 mars 1855, Flandin, *op. cit.*, II, 1287.

[17] Avis du Conseil d'État des 11-26 décembre 1810. Duranton, XX, 433. Angers, 9 février 1827, Sir., 28, 2, 110. Limoges, 15 février 1842, Sir., 42, 2,

trer, ni les inscriptions rayées, ni les inscriptions frappées de péremption à défaut de renouvellement en temps utile, ni enfin les inscriptions anciennes dûment renouvelées[18].

Lorsque, à l'occasion de la demande en délivrance d'un état hypothécaire, il s'élève des doutes sur le point de savoir si telles ou telles inscriptions subsistent encore d'une manière efficace, ou ne sont plus susceptibles de produire aucun effet, le conservateur peut et doit les comprendre dans l'état demandé[19].

Les art. 2108, 2197 et 2199 déclarent les conservateurs des hypothèques responsables du préjudice résultant des manquements qui y sont indiqués. Mais les dispositions de ces articles ne sont pas limitatives, et la responsabilité des conservateurs se trouve engagée, conformément aux principes du Droit commun, toutes les fois que, par une faute ou négligence commise dans l'exercice de leurs fonctions, ils ont fait éprouver une perte à un créancier ou à un acquéreur. Art. 1382 et 1383.

Ainsi, ils sont responsables du préjudice résultant de simples erreurs ou omissions commises dans les transcriptions ou inscriptions portées sur les registres de forme, aussi bien que du défaut de réalisation de ces formalités mêmes[20]. Ils répondent spécialement de la nullité d'inscriptions hypothécaires provenant de l'omission d'énonciations nécessaires à leur validité, et qui se trouvaient contenues dans les bordereaux remis par les requérants[21].

419. Paris, 21 avril 1842, Sir., 42, 2, 215. Rouen, 7 janvier 1848, Sir., 48, 2, 477.

[18] Arg. art. 2196. Ces différentes catégories d'inscriptions ne pourraient plus être considérées comme subsistantes. Duranton, XX, 433. Paris, 21 janvier 1814, Sir., 14, 2, 186. Rouen, 6 mars 1848, Sir., 48, 2, 478. Req. rej., 4 avril 1849, Sir., 49, 1, 512. Cpr. encore : Paris, 30 décembre 1836, Sir., 37, 2, 213 ; Paris, 15 février 1858, Sir., 58, 2, 555 ; Limoges, 6 août 1861, Sir., 61, 2, 479 ; Bordeaux, 24 juillet 1863, Sir., 64, 2, 47.

[19] On ne saurait, en effet, imposer au conservateur l'obligation de décider, sous sa responsabilité personnelle, des questions douteuses en droit ou en fait. Paris, 17 novembre 1855, Sir., 56, 2, 96. Metz, 25 mars 1858, Sir., 59, 2, 411. Paris, 22 février 1859, Sir., 59, 2, 410.

[20] Grenier, II, 441. Troplong, IV, 1000. Martou, IV, 1607.

[21] Bordeaux, 24 juin 1813, Sir., 15, 2, 115. Civ. rej., 22 avril 1818, Sir., 18, 1, 265. Grenoble, 21 août 1822, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 116. Voy. aussi Req. rej., 11 juillet 1843, Sir., 43, 1, 648. — Le conservateur serait-il responsable de la nullité de l'inscription, si l'énonciation omise se trouvait dans l'un des bordereaux à lui remis, sans exister dans l'autre? Cpr. Civ. cass., 17 novembre 1824, Sir., 29, 1, 182, à la note ; Angers, 16 août 1826, Sir., 26, 2, 322; Req. rej., 29 avril 1829, Sir., 29, 1, 182.

Ainsi encore, ils peuvent et doivent être déclarés responsables des conséquences de radiations indûment opérées, toutes les fois qu'en les effectuant ils ont commis une faute [22].

Le conservateur est en faute pour avoir rayé une inscription qui ne devait pas l'être, non-seulement quand les pièces déposées par le requérant ne s'appliquaient pas à cette inscription, ou quand la radiation a été opérée sur le vu, soit d'un jugement non encore passé en force de chose jugée et réformé depuis [23], soit d'un acte de main-levée irrégulier en la forme et ultérieurement annulé [24], mais encore lorsqu'elle a eu lieu en vertu d'un acte qui, quoique régulier en la forme et s'appliquant réellement à l'inscription, a été plus tard annulé, comme émané d'une personne incapable de consentir la main-levée, en raison de sa condition personnelle [25], ou même par suite seulement de ses conventions matri-

[22] Troplong, IV, 1000. Martou, IV, 1608.

[23] Cpr. Rouen, 8 février 1842, Sir., 42, 2, 271; Civ. cass., 6 décembre 1859, Sir., 60, 1, 9.

[24] La solution donnée pour ces deux hypothèses ne saurait faire l'objet d'une difficulté sérieuse. — En vertu du principe posé au texte, le conservateur des hypothèques devrait être déclaré responsable des suites d'une radiation opérée sur le vu d'une main-levée donnée par l'ancien pupille sans accomplissement des formalités prescrites par l'art. 472. Cpr. Dijon, 26 mars 1840, Sir., 40, 2, 422; Civ. rej., 12 juillet 1847, Sir., 47, 1, 506. Cpr. aussi Pau, 21 janvier 1834, Sir., 35, 2, 553; Dijon, 7 avril 1859, Sir., 59, 2, 585.

[25] C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si l'acte de main-levée était annulé pour cause d'une incapacité légale résultant, soit de l'état de minorité, soit de l'état de femme mariée non autorisée. On doit d'autant moins hésiter à rendre en principe le conservateur responsable des conséquences de la radiation, que, d'après l'art. 2157, les inscriptions ne peuvent être rayées du consentement des parties, qu'autant qu'elles ont capacité à cet effet, et qu'il est, en général, possible de vérifier la condition et la capacité des personnes qui ont figuré dans un acte. D'ailleurs, à moins de soutenir que la perte résultant de la radiation d'une inscription sur le vu d'un acte de main-levée émané d'un incapable, doit rester à la charge de l'incapable lui-même, ce qui ne paraît pas admissible, il faut bien faire supporter cette perte au conservateur. La loi, il est vrai, aurait pu faire peser la responsabilité sur l'officier public qui a reçu l'acte de main-levée, et c'est effectivement ce que portait le projet de loi de 1841 sur la réforme hypothécaire, dont la disposition fut reproduite dans le projet élaboré en 1850 et 1851 par la commission de l'assemblée législative; mais, en l'absence d'un texte définitif et formel, il est impossible de rendre le notaire, rédacteur d'un acte de main-levée, responsable, en cette seule qualité, d'une perte qui, après tout, aura été le résultat, bien moins de cet acte même, que de la radiation indûment opérée par le conservateur. Voy. en ce sens les arrêts cités aux notes suivantes. Cpr. Troplong, IV, 1000. Voy. en sens contraire : Duranton, XX, 194;

moniales[26]. Il devrait également être considéré comme se trouvant en faute, s'il avait procédé à la radiation en vertu d'un acte de main-levée consenti par un mandataire ou par le gérant d'une société, auxquels la procuration ou l'acte de société ne conféraient pas les pouvoirs nécessaires à cet effet[27].

Les conservateurs cessent d'être responsables des omissions qui se rencontrent dans les états d'inscriptions ou de transcriptions par eux délivrés, ainsi que des erreurs commises à l'occasion de radiations d'inscriptions, ou d'autres actes de leur ministère, lorsque la cause de ces omissions ou erreurs se trouve dans les désignations ou indications insuffisantes qui leur ont été fournies. Art. 2197 et arg. de cet article.

Du reste, les tribunaux, saisis d'une demande en dommages-intérêts formée contre un conservateur, sont appréciateurs du point de savoir, si en fait, et eu égard aux circonstances particulières de la cause, l'erreur ou l'omission pour laquelle il est recherché, lui est ou non imputable à faute[28].

Lorsqu'il s'agit d'erreurs ou d'omissions qui ne paraissent exclusivement imputables, ni aux parties intéressées, ni aux conservateurs ou aux officiers rédacteurs des actes présentés à ces

Dalloz, *Jur. gén.*, v° Priviléges et Hypothèques, n° 2698. — Il est, du reste, entendu que les tribunaux devraient refuser tout recours à l'incapable qui aurait employé des manœuvres frauduleuses pour induire le conservateur en erreur sur sa condition ou sa capacité; et que, d'un autre côté, ils pourraient, tout en déclarant ce dernier responsable, lui accorder un recours contre le notaire qui aurait reçu un acte de main-levée, malgré la connaissance qu'il avait de l'incapacité de la partie.

[26] Le conservateur requis de procéder à la radiation d'une inscription, en vertu d'un acte de main-levée ou d'un acquiescement donné par une femme mariée, doit se faire représenter son contrat de mariage à l'effet de s'assurer de sa capacité; et s'il négligeait de le faire, il pourrait être déclaré responsable des conséquences de la radiation indûment opérée. Cpr. Civ. cass., 9 juin 1841, Sir., 41, 1, 468; Rouen, 8 février 1842, Sir., 42, 2, 271; Civ. rej., 13 avril 1863, Sir., 62, 1, 297.

[27] Cpr. Paris, 17 août 1843, Sir., 43, 2, 534; Req. rej., 19 août 1845, Sir., 45, 1, 707; Amiens, 31 décembre 1851, Sir., 52, 2, 128; Toulouse, 2 août 1861, Sir., 62, 2, 33.

[28] Cpr. Persil sur l'art. 2197, n° 5; Troplong, IV, 1000; Martou, IV, 1613; Paris, 5 décembre 1811, Sir., 11, 2, 239; Civ. cass., 25 juin 1821, Sir., 21, 1, 344; Civ. rej., 8 mai 1843, Sir., 43, 1, 391; Req. rej., 19 décembre 1848, Sir., 49, 1, 50; Req. rej., 22 août 1853, Dalloz, 1854, 1, 364; Civ. rej., 13 avril 1863, Sir., 63, 1, 297.

derniers, le juge peut diviser la responsabilité entre ces différentes personnes[29].

D'un autre côté, les conservateurs des hypothèques ne sauraient être rendus responsables des vices internes existant dans les actes qui leur sont produits, et dont l'examen attentif de la teneur de ces actes n'eût pas suffi à révéler l'existence[30]. C'est ainsi, par exemple, que le conservateur qui a procédé à la radiation d'une inscription, sur le vu d'un acte authentique de main-levée, émané d'une personne capable, se trouverait à l'abri de toute recherche, si l'acte de main-levée venait à être déclaré nul, soit comme simulé, soit pour cause d'erreur, de dol, ou de violence[31]. A plus forte raison l'annulation de cet acte, comme entaché de faux, n'engagerait-il pas sa responsabilité.

Les omissions ou erreurs commises par un conservateur des hypothèques ne donnent lieu contre lui à une action en dommages-intérêts, qu'autant qu'elles ont occasionné une perte positive à un tiers, créancier ou acquéreur; et l'étendue du recours est toujours limitée à la quotité de cette perte, dont la preuve est à la charge de la partie plaignante[32]. Il suit de là, entre autres conséquences, que le créancier qui entend recourir contre le conservateur à raison de l'omission de son inscription dans l'état délivré à l'acquéreur, est tenu de prouver qu'il eût été utilement colloqué, sur le prix déclaré par l'acquéreur, ou tout au moins sur celui auquel il eût fait porter l'immeuble au moyen d'une surenchère[33]. On doit également en conclure que le conservateur, ainsi recherché, est admis, pour se défendre, à exciper de la nullité dont l'inscription omise se trouvait entachée du fait de la partie[34], et même à re-

[29] Lyon, 13 avril 1832, Sir., 33, 2, 393. Civ. rej., 19 avril 1836, Sir., 36, 1, 562.

[30] Paris, 5 décembre 1811, Sir., 11, 2, 239. Req. rej., 18 juillet 1838, Sir., 38, 1, 1004. Cpr. aussi, Civ. cass., 17 novembre 1824, Sir., 29, 1, 182, à la note.

[31] Si les conservateurs doivent apprécier les actes de main-levée qui leur sont présentés, sous le double rapport de la forme et de la capacité des parties, et s'il leur est, en général, possible de le faire, ils n'ont pas mission de scruter l'exactitude ou la sincérité des déclarations contenues dans ces actes, et se trouveraient d'ailleurs dépourvus des moyens d'investigation nécessaires.

[32] C'est ce que l'art. 2197 indique nettement en disant que les conservateurs sont responsables *du préjudice résultant* etc.

[33] Persil, sur l'art. 2197, nos 3 et 4. Grenier, II, 441. Troplong, IV, 1001. Duranton, XX, 427. Bordeaux, 24 juin 1813, Sir., 15, 2, 115. Grenoble, 21 août 1822, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 116.

[34] Persil sur l'art. 2197, n° 4. Troplong, IV, 1001. Martou, IV, 1615. Bordeaux, 24 juin 1813, Sir., 15, 2, 115.

pousser la demande dirigée contre lui pour avoir omis une énonciation substantielle qui se trouvait dans les bordereaux, en établissant que l'inscription était entachée de quelque autre cause de nullité, imputable au créancier lui-même [35].

Le conservateur qui, par suite de sa responsabilité, a été contraint à désintéresser un tiers, créancier ou acquéreur, est subrogé, de plein droit, aux actions de ce tiers contre le débiteur ou vendeur [36].

Les actions en responsabilité contre les conservateurs des hypothèques ne sont soumises, pendant la durée de leurs fonctions, qu'à la prescription ordinaire de trente ans [37]. Mais après la cessation de leurs fonctions, la responsabilité est limitée à dix ans, de telle sorte qu'à l'expiration de ce délai, ils sont affranchis de toute action, soit personnelle, soit hypothécaire, et peuvent demander la radiation des inscriptions prises sur les immeubles affectés à leur cautionnement. Loi du 21 ventôse an VII, art. 7 et 8 [38]. Le conservateur qui passe d'un bureau dans un autre, ne doit pas être considéré, dans le sens de ces dispositions, comme ayant cessé ses fonctions relativement aux administrés du bureau qu'il a quitté [39].

[35] On objecterait en vain qu'il n'est pas certain que cette cause de nullité eût été aperçue ou opposée par les tiers : en effet, le demandeur doit rapporter la preuve positive et complète du préjudice dont il réclame la réparation, et la seule possibilité de l'annulation de son inscription pour un vice provenant de son fait, le place dans l'impossibilité de satisfaire à cette condition. Req. rej., 4 avril 1810, Sir., 10, 1, 218.

[36] L'art. 53 de la loi du 11 brumaire an VII portait à ce sujet une disposition expresse ainsi conçue : « Le conservateur sera subrogé de droit aux actions que « les créanciers qu'il aura été obligé de payer, avaient contre le débiteur origi- « naire. » Quoique l'art. 2197 n'ait pas reproduit cette disposition, on n'en doit pas moins admettre, par application du nº 3 de l'art. 1251, la subrogation qu'elle avait consacrée. Grenier, II, 442. Rolland de Villargues, *Répertoire du notariat*, vº Conservateur, nº 59. Mais à raison de sa cause même, cette subrogation n'a d'effet, comme le disait la loi de brumaire, que contre le débiteur originaire, et ne donne au conservateur aucune action contre les cautions, qui ne doivent point pâtir d'une faute qu'il a commise. Arg. art. 2037.

[37] Favard, *Rép.*, vº Conservateur des hypothèques, nº 11. Duranton, XX, 434. Rolland de Villargues, *op. et vº citt.*, nº 51. Martou, IV, 1619. Req. rej., 2 décembre 1816, Sir., 17, 1, 317.

[38] Persil sur l'art. 2197, nº 12. Troplong, IV, 1003. Martou, IV, 1619. Baudot, II, 1906. Civ. cass., 22 juillet 1816, Sir., 16, 1, 297.

[39] Arg. art. 8, 9 et 10 de la loi du 21 ventôse an VII. Dalloz, *Jur. gén.*, vº Priv. et Hyp., nº 3011. Cpr. Baudot, II, 1907.

Aux termes de l'art. 9 de la loi de ventôse an VII, les conservateurs ont leur domicile dans le bureau où ils remplissent leurs fonctions, pour les actions auxquelles leur responsabilité peut donner lieu. Ce domicile spécial subsiste même après la mise en retraite, la destitution, ou le décès des conservateurs, de manière que les actions à diriger contre eux-mêmes ou leurs héritiers peuvent toujours être portées devant le tribunal dans le ressort duquel ils exerçaient leurs fonctions au moment du fait sur lequel la demande est fondée[40].

Indépendamment des dommages-intérêts auxquels les conservateurs peuvent être condamnés par suite de fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions, ils sont passibles d'une amende de 200 à 1000 fr. pour toute contravention aux dispositions des art. 2196 à 2101 (art. 2202)[41], et d'une amende de 1000 à 3000 fr. pour contravention aux prescriptions de l'art. 2203. En cas de récidive, ils peuvent même être destitués.

Les amendes prononcées par les art. 2202 et 2203 sont encourues, et doivent être appliquées, alors même que les contraventions commises, n'ayant occasionné aucun dommage à des tiers, ne sont pas de nature à donner ouverture à une action en responsabilité contre le conservateur.

Les dommages-intérêts auxquels un conservateur a été condamné à raison de fautes commises dans l'exercice de ses fonctions, sont payés sur son cautionnement, de préférence aux amendes qu'il peut avoir encourues. Art. 2202 et 2203.

§ 269.

Des exceptions ou modifications apportées au principe de la nécessité de l'inscription.

La loi dispense, d'une manière plus ou moins complète, certains priviléges immobiliers et certaines hypothèques, de la formalité

[40] Grenier, II, 536. — Le demandeur pourrait-il, à son choix, porter son action devant le tribunal du domicile spécial établi par la loi de ventôse an VII, ou devant celui du domicile général du conservateur? Voy. pour l'affirmative : Cour sup. de Bruxelles, 4 mai 1820, Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 1586. — Le conservateur pourrait-il, par forme de mise en cause, être appelé devant un tribunal qui ne serait celui, ni de son domicile spécial, ni de son domicile général? Voy. pour la négative : Baudot, II, 1947; et pour l'affirmative : Martou, IV, 1619; Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 3022.

[41] Cpr. cependant texte et note 11 *supra*.

de l'inscription, qui, en principe, est nécessaire pour rendre les droits de cette nature efficaces à l'égard des tiers.

Les priviléges et hypothèques qui jouissent de cette faveur exceptionnelle, sont : les priviléges énoncés en l'art. 2101 ; les hypothèques légales des mineurs, des interdits, et des femmes mariées; et le privilége du vendeur.

Tous les autres priviléges immobiliers et hypothèques, notamment les priviléges du trésor public, et l'hypothèque légale de l'Etat, des communes et des établissements publics, sont soumis à la nécessité de l'inscription[1].

1° *Des priviléges énoncés en l'art.* 2101.

Ces priviléges sont d'une manière complète dispensés d'inscription, en ce qui concerne le droit de préférence qui y est attaché. Art. 2107[2]. Les créanciers auxquels ils compètent, peuvent donc, indépendamment de toute inscription, se présenter aux ordres ouverts sur le débiteur pour la distribution du prix de ses immeubles, et réclamer leur paiement de préférence aux autres créanciers, même hypothécaires de ce dernier, peu importe d'ailleurs que ces immeubles aient été vendus sur lui par expropriation forcée, ou qu'il les ait volontairement aliénés[3].

Mais les priviléges dont il s'agit restent soumis à la nécessité de l'inscription pour la conservation du droit de suite, c'est-à-dire de l'action réelle que les créanciers prétendraient exercer contre des acquéreurs des biens de leur débiteur. Cette action n'est ou-

[1] Cpr. § 263 *bis*, texte I, lett. *d* et *e* ; § 264.

[2] Cette exception est fondée sur ce que les créances énumérées en l'art. 2101 sont d'ordinaire de peu d'importance, et qu'il y aurait de sérieux inconvénients à les soumettre à la nécessité de l'inscription.

[3] Grenier enseigne (II, 457), mais évidemment à tort, que les créanciers privilégiés aux termes de l'art. 2101 ne peuvent se présenter à l'ordre ouvert sur le débiteur, qu'après avoir au préalable pris inscription. On ne comprendrait pas l'utilité d'inscriptions dont le seul résultat serait d'occasionner des frais qui tomberaient à la charge des autres créanciers. M. Mourlon (n° 289) va plus loin encore, et admet, suivant toutefois certaines distinctions, que le droit de préférence peut s'éteindre au cas d'aliénation suivie de transcription, lorsqu'il n'a pas été conservé par une inscription prise en temps utile. Cette opinion, qui restreint arbitrairement, en ce qui concerne le droit de préférence, la portée de l'art. 2107, a été généralement rejetée. Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 2, n° 5, 3°. Persil, sur l'art. 2107, n° 4. Grenier, II, 457. Troplong, I, 274. Pont, n° 288. Flandin, *De la transcription*, II, 1030.

verte à leur profit, qu'à la condition d'une inscription prise dans les délais qui seront indiqués au § 272[4].

2° *De l'hypothèque légale des mineurs et des interdits, et de celle des femmes mariées.*

a. Ces hypothèques sont dispensées d'inscription, non-seulement en ce qui concerne le droit de préférence, mais encore quant au droit de suite, de telle sorte que, sous l'un et l'autre rapport, l'efficacité en est indépendante de toute inscription[5]. Art. 2134 et 2135[6]. Les personnes auxquelles elles appartiennent peuvent donc les faire valoir, sans inscription préalable, non-seulement au moyen de demandes en collocation formées dans les ordres

[4] L'art. 2107, de même que l'art. 2106, auquel il se rattache, ne concerne en effet que le droit de préférence, et laisse, quant au droit de suite, les priviléges dont il s'occupe sous l'empire de la règle posée par l'art. 2166. D'un autre côté, la disposition de ce dernier article n'ayant été modifiée, quant à la nécessité de l'inscription, ni par l'art. 834 du Code de procédure, ni par l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, qui, l'un et l'autre, ne s'occupent que du délai dans lequel elle peut être utilement requise, on doit en conclure que les priviléges dont il s'agit sont encore aujourd'hui soumis, pour la conservation du droit de suite, à la formalité de l'inscription. Merlin, *Rép.*, v° Transcription, § 2, n° 5. Persil, sur l'art. 2107. Grenier, II, 457. Troplong, *Des hypothèques*, IV, 922; et *De la transcription*, n° 283. Marlou, III, 1245. Pont, n° 1122. Flandin, *op. cit.*, II, 1028. Mourlon, *De la transcription*, II, 289 et 382.

[5] Cette dispense, qui a fait, à différentes époques, l'objet des plus vives attaques, trouve, à notre avis, sa complète justification dans la condition même des personnes au profit desquelles elle a été établie. L'hypothèque légale une fois admise en principe, comme garantie due par la société et par la loi aux intérêts des mineurs, des interdits, et des femmes mariées, on ne pouvait, sans inconséquence, subordonner l'efficacité de cette hypothèque à la condition d'une inscription. Seulement le Code Napoléon avait-il dépassé le but, en ne restreignant pas la faveur de la dispense d'inscription à ces personnes elles-mêmes, et à la durée de leur incapacité légale; et l'on ne peut qu'applaudir à la disposition de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, qui est venue limiter la durée et restreindre l'étendue de cette dispense.

[6] Les art. 2134 et 2135 ne dispensent directement et formellement les hypothèques dont il s'agit de la formalité de l'inscription, qu'en ce qui concerne le droit de préférence; mais il n'est pas douteux que, dans la pensée de la loi, la dispense ne s'étende au droit de suite. Cette pensée ressort manifestement des art. 2193 et suiv., dont les dispositions seraient sans objet, si l'hypothèque légale des mineurs, des interdits, et des femmes mariées, n'était pas, indépendamment de toute inscription, efficace à l'égard des tiers acquéreurs. La même induction se tire de l'art. 834 du Code de proc. Aussi ce point de doctrine est-il généralement admis.

ouverts pour la distribution du prix des immeubles qui y sont affectés[7], mais encore par voie de surenchère en cas de purge sur aliénation volontaire de ces immeubles[8], et même par voie de poursuite hypothécaire contre les tiers détenteurs[9].

La dispense d'inscription s'applique aux biens acquis par le tuteur ou le mari depuis la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage, tout comme à ceux dont il était devenu propriétaire antérieurement[10].

L'hypothèque légale de la femme mariée est affranchie de la nécessité de l'inscription pour tous ses droits et créances sans distinction, et non pas seulement pour sa dot[11]. Mais la dispense

[7] Paris, 20 juillet 1833, Sir., 33, 2, 395. Civ. cass., 14 décembre 1863, Sir., 64, 1, 36. Voy. cep. Metz, 5 février 1823, Sir., 25, 2, 34.

[8] Duranton, XX, 391. Pont, n° 1120. Chauveau, sur Carré, *Lois de la procédure*, quest., 2496, 5°. Caen, 23 août 1839, Sir., 40, 2, 111. Voy. en sens contraire : Petit, *Des surenchères*, p. 313.

[9] Pont, *loc. cit.*, Agen, 25 mars 1857, Sir., 57, 2, 432. Toulouse, 12 juin 1860, Sir., 60, 2, 545. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 778 *bis ;* Dijon, 14 décembre 1840, Sir., 41, 2, 128 ; Bourges, 23 mars 1841, *Journal du Palais*, 1841, 2, p. 676 ; Nancy, 28 juillet 1853, Sir., 53, 2, 574 ; Bourges, 11 juin 1855, Sir., 59, 1, 398. Cette opinion repose sur une distinction entre l'hypothèque qui reste à l'état inerte ou d'attente, et celle qu'on entend mettre en mouvement au moyen de l'action hypothécaire. Mais cette distinction, dont il ne se rencontre pas la moindre trace dans la loi, répugne à la nature et à l'objet du droit hypothécaire, qui, comme tout autre droit, est destiné non point à sommeiller, mais à se réaliser par les voies légales. Le droit de suite existant pour les hypothèques dont il s'agit, indépendamment de toute inscription, on ne voit pas pourquoi le créancier serait obligé, quand il veut l'exercer, de prendre au préalable une inscription, qui ne serait d'ailleurs d'aucune utilité réelle pour le tiers détenteur. En principe, et à moins de dispositions spéciales, l'existence des conditions auxquelles un droit est subordonné, suffit pour en permettre l'exercice. Or aucun texte de loi ne subordonne l'exercice du droit de suite à la formalité d'une inscription, dans les cas où ce droit existe indépendamment de cette formalité. Nous ajouterons que si la distinction que nous repoussons devait être admise, il faudrait, pour être conséquent, l'appliquer également à l'exercice du droit de préférence par le moyen d'une demande en collocation ; et nous ne pensons pas que M. Troplong veuille aller jusque-là. Quant à l'argument que le savant auteur croit pouvoir tirer en faveur de sa thèse, de l'art. 2166, il ne nous paraît pas concluant, puisque la disposition de cet article, qui consacre en principe le droit de suite, ne s'applique qu'aux hypothèques soumises à la formalité de l'inscription.

[10] De Fréminville, *De la minorité*, I, 1144. Pont, n° 509. Flandin, *op. cit.*, II, 1532 à 1534. Req. rej., 17 juillet 1844. Sir., 44, 1, 641. Lyon, 25 novembre 1850, Dalloz, 1851, 2, 241. Voy. en sens contraire : Duranton, XIX, 327 ; Rivière et François, *Explication de la loi du 25 mars* 1855, n° 124.

[11] Riom, 20 février 1819, Sir., 20, 2, 275. Cpr. § 464 *ter*, texte n° 2.

ne s'appliquerait point à l'hypothèque constituée, même dans le contrat de mariage, par un tiers, par le père du futur par exemple, pour sûreté de la dot[12].

b. Dans le système du Code Napoléon, la dispense d'inscription, établie par l'art. 2135, n'était soumise à aucune restriction, ni quant à sa durée, ni quant aux personnes qui en invoquaient le bénéfice. Elle subsistait avec tous ses effets, même après la cessation de la tutelle, ou la dissolution du mariage, et n'avait d'autre terme que la durée même des hypothèques auxquelles elle était attachée. Avis du Conseil d'État des 5-8 mai 1812. D'un autre côté, elle profitait, non-seulement aux femmes mariées, aux mineurs, ou aux interdits eux-mêmes, mais encore à leurs héritiers ou ayants-cause, et en particulier, aux créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme.

On saisit l'occasion que présentait la confection de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription hypothécaire, pour corriger ce que les dispositions du Code avaient d'excessif sous ce double rapport.

Aux termes de l'art. 8 de cette loi, l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur, ou de l'interdit doit, pour conserver toute son efficacité, être inscrite dans l'année qui suit la dissolution du mariage, ou la cessation de la tutelle.

D'un autre côté, et d'après l'art. 9, les créanciers subrogés à l'hypothèque légale d'une femme mariée sont tenus, quand cette hypothèque n'est pas encore inscrite, d'en requérir l'inscription à leur profit, et au cas contraire, de faire mentionner leurs subrogations en marge de l'inscription existante[13].

La disposition de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 s'applique au cas où le mariage a été dissous par le prédécès de la femme, et où la tutelle a fini par la mort du mineur ou de l'interdit, tout aussi bien qu'à celui où le mariage a été dissous par la mort du mari, et où la tutelle a cessé par la majorité du pupille, ou la main-levée de l'interdiction[14]. Les héritiers ou ayants-cause de la femme prédécédée, ceux du mineur ou de l'interdit décédés en minorité ou en interdiction, sont donc tenus, comme la veuve, le

[12] Civ. cass., 23 août 1837, Sir., 37, 1, 873.

[13] Voy. pour l'explication de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855: § 288 *bis*.

[14] L'émancipation du mineur ne ferait pas courir le délai d'un an, qui, malgré cela, ne prendrait cours que du jour de la majorité ou de la mort du mineur. Arg., art. 475 cbn. 471. Amiens, 6 février 1864, Sir., 64, 2, 93.

mineur devenu majeur, et l'interdit relevé de l'interdiction, ou leurs ayants-droit, de prendre inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage, ou la cessation de la tutelle[15].

L'état de minorité où se trouveraient les héritiers de la femme ou de l'ancien pupille, ne donnerait lieu à aucune prorogation de délai en leur faveur[16]. L'inscription de l'hypothèque légale de la femme en particulier, doit avoir lieu dans l'année de la dissolution du mariage, au cas même où elle a laissé pour héritiers des enfants mineurs, placés sous la tutelle de leur père, son ci-devant mari[17].

[15] La rédaction de l'art. 8 de la loi du 25 mars 1855 est incomplète, en ce qu'elle ne statue que sur l'hypothèse de la dissolution du mariage par la mort du mari, et de la cassation de la tutelle par la majorité du pupille ou la main-levée de l'interdiction; mais il n'est pas douteux que sa disposition ne s'applique également, et même à plus forte raison, au cas de prédécès de la femme, ou de la mort du pupille en état de minorité ou d'interdiction. Si la dispense d'inscription, faveur toute personnelle accordée à la femme mariée, au mineur, ou à l'interdit, cesse dans leur personne même du moment qu'ils ont recouvré ou acquis leur complète indépendance, comment pourrait-elle se perpétuer au profit d'héritiers qui ne se sont jamais trouvés dans les liens du mariage ou de la tutelle d'où procède l'hypothèque? Il est d'ailleurs inadmissible qu'un bénéfice de la loi reçoive, dans l'intérêt des héritiers, plus d'étendue qu'il n'en avait dans la personne de celui au profit duquel il a été établi. Troplong, *De la transcription*, nº 311. Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, nº 380. Lesenne, *De la transcription*, nº 135. Lemarcis, *De la transcription*, p. 40. Pont, nº 809. Ducruet, *Etudes sur la transcription*, nº 33. Flandin, *De la transcription*, II, 1016, 1017, 1627 et 1528. Mourlon, *De la transcription*, II, 866 à 872. Bordeaux, 12 mars 1860, Sir., 60, 2, 524. Aix, 10 janvier 1861, et Metz, 19 mars 1861, Sir., 61, 2, 177 et 179. Riom, 3 août 1863, Sir., 63, 2, 171. — L'arrêt ci-dessus cité de la cour de Bordeaux, spécial à l'hypothèque légale de la femme prédécédée, décide de plus que le délai fixé pour l'inscription courrait contre ses héritiers, dans le cas même où ils auraient été provisoirement écartés de la succession, par un testament annulé seulement depuis l'expiration de l'année du décès.

[16] Le but de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 et la nature même de sa disposition, décrétée en vue de l'intérêt des tiers, repoussaient toute restriction fondée sur la condition personnelle des héritiers de la femme mariée, du mineur, ou de l'interdit. Aussi cet article n'admet-il en faveur des héritiers mineurs aucune prorogation du délai préfix qu'il établit, et dont l'expiration emporte, non une véritable prescription, mais une déchéance, à laquelle ne s'applique pas l'art. 2252. Aix, 10 janvier 1861, Sir., 61, 2, 177.

[17] Cette dernière proposition est controversée; mais nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de modifier la solution de la question à raison de la circonstance que les enfants mineurs, héritiers de la mère, se trouveraient soumis à la tutelle du père, et cela par le double motif que la loi ne fait aucune distinction, et que celle

A l'inverse, la survenance de la faillite du mari ou du tuteur, l'acceptation bénéficiaire ou la vacance de leur succession n'ont pas pour effet de restreindre le délai d'un an accordé par l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855. Ainsi, l'inscription de l'hypothèque légale peut, jusqu'à l'expiration de ce délai, être prise utilement, et d'une manière complétement efficace, même après le jugement déclaratif de la faillite du débiteur, et malgré l'acceptation bénéficiaire ou la déclaration de vacance de sa succession[18].

Le défaut d'inscription de l'hypothèque légale dans l'année qui a suivi la dissolution du mariage, ou la cessation de la tutelle, n'emporte pas à lui seul l'extinction de cette hypothèque, qui peut encore être ultérieurement inscrite d'une manière utile.

Toutefois, en cas d'aliénation volontaire ou forcée, l'inscription de l'hypothèque légale ne peut avoir lieu d'une manière efficace pour la conservation du droit de suite, qu'autant qu'elle a été requise avant les époques qui seront indiquées sous la lettre *c infra*.

D'un autre côté, les événements qui forment, en général, obstacle à ce qu'une inscription puisse être valablement prise, empêchent également que l'hypothèque légale non inscrite dans le délai d'un an, depuis la dissolution du mariage, ou la cessation de la tutelle, le soit utilement après l'expiration de ce délai. Si donc le mari ou le tuteur avait été déclaré en faillite, si leur succession n'avait été acceptée que sous bénéfice d'inventaire, ou se trouvait vacante, l'hypothèque légale ne pourrait plus, après l'expiration

qu'on voudrait établir, serait contraire à l'esprit général de notre législation. Il est, en effet, de règle que le mineur n'est pas admis à se faire relever des déchéances qu'il encourt, au regard des tiers, par la négligence de son tuteur, encore que ce dernier eût dû accomplir contre lui-même la formalité dont l'omission a emporté déchéance. Voy. art. 2194 et 2195; art. 942 et § 704, texte lett. *a* et note 13. Cpr. aussi art. 1070 et 1074. Le seul remède dont le mineur jouisse en pareil cas, est un recours contre son tuteur; et l'hypothèque légale destinée à garantir ce recours, est toute différente de celle qui lui compéterait du chef de sa mère, de sorte qu'on ne saurait étendre à la seconde une dispense d'inscription qui, après l'expiration de l'année à partir de la dissolution du mariage, n'est plus désormais attachée qu'à la première. Voy. en ce sens : Pagès, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, VII, p. 406; Eyssantier, *Journal de Grenoble et de Chambéry*, 1863, p. 369; Grenoble, 29 avril 1858, Sir., 59, 2, 70; Toulouse, 2 janvier 1863, Sir., 63, 2, 191; Grenoble, 26 février 1863, Sir., 63, 2, 75. Voy. en sens contraire : Nicollet, *Revue critique*, 1858, XIII, p. 548; Grosse, *De la transcription*, n° 251; Pont, n° 809; Riom, 3 août 1863, Sir., 63, 2, 171.

[18] Pont, n° 890 et 895. Mourlon, *De la transcription*, II, 873. Demangeat, sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 288, à la note.

du délai dont s'agit, être inscrite d'une manière efficace au regard des créanciers de la faillite ou de la succession[19].

L'hypothèque inscrite, quoique en temps utile, mais après l'année qui a suivi la dissolution du mariage, ou la cessation de la tutelle, ne date, à l'égard des tiers, que du jour où l'inscription a été prise, et non plus des époques fixées par l'art. 2135. Loi du 23 mars 1855, art. 8.

[19] Les dispositions des art. 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce étaient, par la force même des choses, sans application possible, avant la loi du 23 mars 1855, aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits, qui se trouvaient d'une manière indéfinie affranchies de la nécessité de l'inscription. Mais, comme l'art. 8 de cette loi a limité à une année à partir de la dissolution du mariage, ou de la cessation de la tutelle, la dispense d'inscription admise en faveur de ces hypothèques, elles sont par cela même tombées, pour le temps postérieur, sous le coup des articles précités. Pont, nos 890, 895 et 926. Mourlon, *De la transcription*, II, 878. Carette, *Observations*, Sir., 63, 1, 425, à la note. Paris, 24 juin 1862, Sir., 63, 2, 37. Il résulte incontestablement de là que, pour le cas de faillite du mari ou du tuteur, l'inscription de l'hypothèque légale ne pourrait plus être prise, d'une manière efficace au regard des créanciers de la masse, après le jugement déclaratif de faillite. La seule question qui présente encore quelque doute, est celle de savoir si le second alinéa de l'art. 448 du Code de commerce s'applique, aussi bien que le premier, aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits, non inscrites dans l'année de la dissolution du mariage ou de la fin de la tutelle, et si en conséquence il appartient aux tribunaux de prononcer l'annulation de l'inscription qui n'aurait été prise qu'après l'époque de la cessation de paiements, ou dans les dix jours qui l'ont précédée. Pour la négative, on peut dire que cette annulation facultative étant subordonnée à la condition qu'il se soit écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque et celle de l'inscription, la disposition qui permet de la prononcer, est par cela même étrangère aux hypothèques légales qui, attachées de plein droit au fait du mariage ou de la tutelle, ne résultent d'aucun acte de constitution. Voy. en ce sens : Colmar, 15 janvier 1862, Sir., 62, 2, 122; Carette, *op.* et *loc. citt.* Sans méconnaître la force de cet argument, nous ne le considérons pas comme décisif, et nous inclinerions vers l'opinion contraire, par la raison que l'expiration de l'année qui a suivi la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, place les créanciers à hypothèque légale dans la même situation que tout autre créancier hypothécaire, et qu'il est dès lors naturel de fixer le point de départ du délai de quinzaine à l'expiration de cette année. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que le retard apporté à l'inscription de l'hypothèque légale, a pu, comme pour toute autre hypothèque, induire les tiers en erreur sur la solvabilité du mari ou du tuteur, et qu'il ne serait même pas impossible que ce retard fût le résultat d'un concert frauduleux. Cpr. Req. rej., 2 mars 1863, Sir., 63, 1, 425. Il est à remarquer que si cet arrêt n'a pas formellement statué sur la question, il semble cependant l'avoir préjugée dans le sens de notre opinion.

La femme devenue veuve et le ci-devant pupille, ou leurs ayants-droit, sont cependant dispensés de prendre inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage, ou la cessation de la tutelle, lorsque leur hypothèque avait, dès avant l'expiration de ce délai, produit son effet légal [20]. Mais cet effet ne saurait être considéré comme ayant été réalisé, ni dans le cas où le tiers détenteur des immeubles grevés, après avoir consigné son prix antérieurement à la loi de 1855, a plus tard opéré la purge des hypothèques inscrites [21], ni dans celui où la femme devenue veuve avait, avant l'expiration de l'année à partir de la dissolution du mariage, fait liquider ses reprises et saisir les biens de son mari sur les tiers détenteurs [22].

L'art. 11, al. 5, de la loi du 23 mars 1855, en statuant sur le sort des hypothèques légales attachées à des mariages déjà dissous, ou à des tutelles déjà finies à l'époque où elle devait devenir exécutoire, a prescrit l'inscription de toutes ces hypothèques dans l'année à partir du 1er janvier 1856, sous peine de ne devenir efficaces, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement [23].

c. L'inscription de l'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs ou interdits, peut même devenir nécessaire, soit pendant la durée du mariage ou de la tutelle, soit avant l'expiration de l'année qui a suivi la dissolution du mariage, ou la cessation de

[20] Cpr. sur les circonstances par suite desquelles une hypothèque inscrite est à considérer comme ayant produit son effet légal : § 280, texte nº 2.

[21] C'est avec raison que la cour de Limoges a décidé, par arrêt du 14 juin 1860 (Sir., 61, 2, 68), qu'à défaut d'inscription prise avant le 1er janvier 1857, et avant la transcription de l'acte d'aliénation, la femme ou les mineurs intéressés et leurs ayants-droit n'avaient pu faire valoir l'hypothèque légale dans l'ordre ouvert à la suite de la purge.

[22] Agen, 5 mai 1858, Sir., 59, 2, 364. La cour de Toulouse (19 mars 1861, Sir., 2, 280) a consacré le même principe dans une espèce où une femme mariée, devenue veuve, avait fait faire au tiers détenteur des biens de son mari, sommation de payer ou de délaisser, et où, sur l'opposition formée par ce dernier, la sommation avait été maintenue.

[23] Nous avons cru devoir substituer cette rédaction à celle de l'art. 11, al. 5, qui dit : « L'hypothèque *ne prend rang* que du jour où elle est ultérieurement « inscrite ». Ces expressions, prises dans leur acception ordinaire, ne se rapporteraient qu'au droit de préférenoe, et il est cependant hors de doute que la disposition de la loi s'applique également au droit de suite. Du reste, la formule que nous employons concorde avec celle de l'art. 8, qui pose la règle nouvelle, et dont la rédaction est plus exacte que celle de l'art. 11.

la tutelle. Il en est ainsi dans le cas où, à la suite de l'aliénation volontaire des immeubles du mari ou du tuteur, le tiers acquéreur remplit les formalités spéciales, prescrites par les art. 2193 et 2194, comme aussi lorsque ces immeubles sont, ou frappés de poursuites en expropriation forcée, ou soumis à l'expropriation pour cause d'utilité publique. Au premier cas, l'inscription doit être prise avant l'expiration du délai de deux mois fixé par l'art. 2195; en cas de saisie immobilière, elle doit l'être avant la transcription du jugement d'adjudication [24]; et en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, avant l'expiration de la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation [25].

Toutefois, dans ces différentes hypothèses, l'inscription n'est exigée que pour la conservation du droit de suite; et malgré la perte de ce droit par le défaut d'accomplissement de la formalité en temps utile, le droit de préférence continue de subsister en fa-

[24] Nous avons fermement soutenu dans nos précédentes éditions (§ 269, note 7), que le Code Napoléon n'avait point dérogé en faveur des hypothèques légales dont il s'agit, à la règle de notre ancien Droit : *Un décret nettoie toutes hypothèques* (Loisel, *Inst. Cout.*, liv. VI, tit. V, req. 15), et que, sous l'empire de ce Code, l'adjudication sur expropriation forcée avait encore pour effet de purger ces hypothèques, comme toutes les autres. Voy. dans le même sens : Persil, sur l'art. 2182, n° 21; Battur, II, 457; Grenier, II, 490; Troplong, IV, 996. La Cour de cassation, après avoir longtemps appliqué cette doctrine (Civ. rej., 27 novembre 1821, Sir., 12, 1, 171; Civ. rej., 21 novembre 1821, Sir., 22, 1, 214; Civ. rej., 30 août 1825, Sir., 26, 1, 65), avait par un arrêt de rejet, rendu en chambres réunies, le 22 juin 1833 (Sir., 33, 1, 448), inauguré une jurisprudence contraire, confirmée depuis par de nouvelles décisions. Voy. Civ. cass., 30 juillet 1834, Sir., 34, 1, 625; Req. rej., 26 mai 1834, Sir., 36, 1, 775; Civ. cass., 18 décembre 1839, Sir., 40, 1, 137; Civ. rej., 27 mars 1844, Sir., 45, 1, 20. La loi du 25 mai 1858 vint trancher cette controverse dans le sens de notre ancien Droit, en décidant, par une disposition ajoutée comme dernier alinéa à l'art. 717 du Code de procédure, que le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques sans exception, et ne laisse aux créanciers qu'un droit sur le prix. Seulement, pour sauvegarder autant que possible les intérêts des femmes mariées, des mineurs et des interdits, une autre disposition, ajoutée à l'art. 692 du Code de procédure, imposa-t-elle au poursuivant qui, d'après son titre de créance, aurait connaissance de l'existence du mariage ou de la tutelle, l'obligation de faire certaines significations destinées à provoquer l'inscription des hypothèques légales.

[25] Loi du 3 mai 1841, art. 17. La disposition de cet article n'ayant pas été modifiée par la loi du 23 mars 1855, les créanciers hypothécaires jouissent encore aujourd'hui, pour l'inscription de leurs hypothèques, du délai de quinzaine, à partir de la transcription du jugement qui prononce l'expropriation. Cpr. § 209, texte lett. A, n° 2 et note 42.

veur de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, ou de leurs ayants-droit[26]. Il en est ainsi au cas de purge par suite d'aliénation volontaire, comme au cas d'expropriation, par suite de saisie, ou pour cause d'utilité publique[27].

Que si la purge, l'expropriation forcée, ou l'expropriation pour cause d'utilité publique n'avait eu lieu qu'après l'année qui a suivi la dissolution du mariage, ou la cessation de la tutelle, la femme devenue veuve, le ci-devant pupille, ou leurs ayants-droit, non inscrits avant l'expiration de cette année, se trouveraient placés dans la même situation que tout autre créancier hypothécaire, et encourraient ainsi la déchéance, non-seulement du droit de suite, mais encore du droit de préférence, faute d'avoir pris inscription, soit avant la transcription de l'acte d'aliénation ou du jugement d'expropriation forcée, soit, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, dans la quinzaine de la transcription du juge-

[26] Ce principe, déjà admis, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, par l'art. 17 de la loi du 3 mai 1843, a été consacré, pour le cas d'expropriation forcée, par l'art. 1er de la loi du 21 mai 1858. Voy. Code de proc., art. 717, al. dernier. Jusque-là la question avait été controversée, comme celle de savoir si le jugement d'adjudication sur expropriation forcée purgeait les hypothèques légales (cpr. note 24 *supra*); et dans le premier état de sa jurisprudence sur cette derniére question, la Cour de cassation décidait que le jugement d'adjudication avait pour résultat, non-seulement d'affranchir, dans l'intérêt de l'adjudicataire, les immeubles vendus de la charge des hypothèques légales non inscrites, mais encore de priver les personnes à qui appartenaient ces hypothèques de tout droit de préférence sur le prix. Voy. Civ. cass., 11 août 1829, Sir., 29, 1, 342; Civ. rej., 18 juillet 1831, Sir., 31, 1, 301. Voy. dans le même sens : Grenier, II, 490; Metz, 5 février 1823, Sir., 25, 2, 34; Montpellier, 16 août 1827, Sir., 28, 2, 87; Nîmes, 20 mars et 10 décembre 1828, Sir., 29, 2, 161. Nous avions, avec M. Troplong (IV, 984 et suiv.), combattu cette doctrine, comme méconnaissant le véritable caractère de la purge, et comme sacrifiant sans nécessité les intérêts des créanciers à hypothèque légale. La loi nouvelle a donné raison à notre manière de voir.

[27] La Cour de cassation s'était également prononcée en sens contraire pour le cas de purge par suite d'aliénation volontaire. Cpr. § 295 *in fine*. La question n'ayant pas été législativement résolue pour ce cas, comme elle l'a été pour celui d'expropriation forcée, elle pourrait encore à la rigueur être controversée. Mais nous comprendrions difficilement qu'en présence de la loi du 3 mai 1841, et surtout de celle du 21 mai 1858, elle pût recevoir une solution contraire à celle que nous donnons au texte. C'est ce que la Cour de cassation paraît avoir elle-même reconnu. Civ. rej., 21 juillet 1863, Sir., 63, 1, 489. — Cpr. sur le point de savoir jusqu'à quelle époque subsiste le droit de préférence survivant au droit de suite : § 283.

967

ment qui l'a prononcée[28]. La déchéance du droit de préférence pourrait, dans ces différentes hypothèses, être invoquée même par les créanciers simplement chirographaires du mari ou du tuteur[29].

[28] La proposition énoncée au texte a été contestée, en ce qui concerne l'hypothèse d'expropriation pour cause d'utilité publique, par MM. Cabantons (*Revue critique*, 1855, VII, p. 96 et 101) et Fons (*Précis sur la transcription*, n° 74). D'après ces auteurs, l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 serait inapplicable à cette hypothèse, qui resterait exclusivement régie par la disposition spéciale de l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841, de sorte que la femme devenue veuve, le ci-devant pupille, ou leurs héritiers conserveraient leur droit de préférence sur le montant de l'indemnité, lors même qu'ils n'auraient pris inscription, ni dans l'année qui a suivi la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, ni dans la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation. Tout en admettant que la loi du 23 mars 1855 n'a point dérogé à celle du 3 mai 1841 quant au délai de quinzaine dans lequel l'inscription peut encore être utilement prise, il nous semble impossible de méconnaître que l'art. 8 de la première de ces lois soumet, d'une manière absolue et pour tous les cas possibles, les créanciers à hypothèque légale à la nécessité de s'inscrire dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, pour conserver le rang que leur assure l'art. 2135. La solution contraire conduirait à des résultats inacceptables. Il en résulterait en effet que les créanciers à hypothèque légale, qui ne se seraient pas conformés à la disposition de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, n'en primeraient pas moins, au cas particulier d'expropriation pour cause d'utilité publique, d'autres créanciers hypothécaires régulièrement inscrits, alors cependant que ces derniers avaient, par l'effet même du défaut d'inscription dans l'année de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, acquis, à l'encontre des créanciers à hypothèque légale, un droit de priorité irrévocable, et qui n'aurait pu leur être contesté dans un ordre ouvert à la suite d'une aliénation volontaire ou d'une expropriation forcée. Or on ne comprendrait pas que la circonstance toute fortuite d'une expropriation pour cause d'utilité publique pût avoir pour conséquence de modifier à ce point une situation définitivement établie. Cpr. Flandin, *De la transcription*, II, 1531.

[29] Il est, en effet, certain qu'une inscription prise en temps utile est en général la condition *sine qua non* de l'efficacité du droit hypothécaire à l'égard des tiers, quels qu'ils puissent être, même des créanciers simplement chirographaires. Cpr. § 267, texte et note 3. Or, du moment où cesse, pour les créanciers à hypothèque légale, la dispense d'inscription, cette condition leur devient commune. Flandin, *op. cit.*, II, 1537 et suiv. Voy. en sens contraire Lesenne, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, n° 136. Suivant cet auteur, le terme *tiers* devrait, dans l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, être entendu des tiers qui ont acquis quelque droit réel sur les immeubles du mari ou du tuteur, et à l'exclusion par conséquent de leurs créanciers simplement chirographaires. Mais c'est là une opinion que repousse le texte même de l'art. 8, qui, à la différence des art. 3 et 7, emploie le mot *tiers* d'une manière absolue et sans en restreindre la portée. Nous ajouterons que cette différence de rédaction se justifie par la considération que

d. Le législateur, tout en rendant l'efficacité de l'hypothèque légale des femmes mariées, et des mineurs ou interdits, indépendante de la formalité de l'inscription, s'est attaché à maintenir, autant qu'il était possible, le principe de la publicité. Dans cette vue, il a imposé à certaines personnes l'obligation, et accordé à d'autres la faculté de requérir l'inscription de ces hypothèques.

C'est ainsi que l'art. 2136 enjoint aux tuteurs et aux maris eux-mêmes, de prendre sans aucun délai inscription sur tous les immeubles qu'ils possèdent au moment de l'entrée en gestion ou de la célébration du mariage, et sur ceux qui pourront leur appartenir par la suite. L'art. 2137 impose en outre aux subrogés tuteurs l'obligation de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai, et si elles ne l'étaient pas, de les faire effectuer eux-mêmes. Enfin, l'art. 2138 veut, qu'à défaut par les maris, les tuteurs et les subrogés tuteurs de satisfaire à l'obligation qui leur est imposée, les inscriptions soient requises par le procureur impérial près le tribunal de première instance du domicile des maris et tuteurs, ou du lieu de la situation des biens[30].

D'un autre côté, l'art. 2139 autorise les parents, soit du mari, soit de la femme, et les parents du mineur ou, à défaut de parents, ses amis[31], à faire effectuer l'inscription de leurs hypothèques, inscriptions qui, du reste, peuvent être requises par la femme ou par le mineur eux-mêmes. Quant aux conservateurs des hypothèques, ils n'ont pas qualité pour opérer d'office l'inscription des hypothèques légales dont il s'agit[32].

Les personnes indiquées aux art. 2138 et 2139 n'encourent

si, d'après son objet même, la transcription n'a pas dû être exigée pour rendre la transmission de propriété efficace au regard des créanciers chirographaires de l'ancien propriétaire, il devait en être autrement de l'inscription, qui, ainsi que nous l'avons fait remarquer, est une condition absolue de l'efficacité de tout droit hypothécaire.

[30] Cpr. sur les devoirs des procureurs impériaux en cette matière : *Instruction du ministre de la justice du 15 septembre* 1806 (Locré, *Lég.*, t. XVI, p. 460); Bernard, *De l'inscription des hypothèques légales par le procureur impérial*, Paris, 1862, broch. in-8°. Voy. aussi art. 692 du Code de procédure. L'obligation imposée au procureur impérial, par cet article, de prendre inscription sur les biens compris dans la saisie, est plus précise et plus rigoureuse que la mission que lui donne l'art. 2138.

[31] La loi n'accorde pas ce droit aux amis de la femme. Tarrible, *Rép.*, v° Insc. hyp., § 2, n° 17. Persil, sur l'art, 2139. Caen, 8 mai 1839, Sir., 29, 2, 329.

[32] Circulaire du ministre de la justice du 15 septembre 1803, rapportée par Persil, sur l'art. 2138, n° 2.

aucune responsabilité, lorsqu'elles négligent de prendre inscription[33]. Au contraire, le défaut d'accomplissement des obligations imposées, sous ce rapport, aux maris, tuteurs et subrogés tuteurs, est de nature à entraîner contre eux de graves conséquences.

Le mari ou le tuteur qui, ayant négligé de prendre inscription sur lui-même, aurait consenti ou laissé prendre des priviléges ou des hypothèques sur ses immeubles, sans déclarer expressément qu'ils étaient affectés à l'hypothèque légale de sa femme ou de ses pupilles, serait réputé stellionataire, et deviendrait comme tel contraignable par corps. Art. 2136, al. 2.

Les expressions *consenti ou laissé prendre des priviléges ou des hypothèques* dont se sert la loi[34], comprennent, avec les actes de constitutions d'hypothèques, toute transmission conventionnelle, par exemple par voie de subrogation, de priviléges ou d'hypothèques qui se trouvent primés par l'hypothèque légale de la femme ou des mineurs[35]. On doit en conclure que le mari ou le tuteur qui, ayant vendu un de ses immeubles, subrogerait dans son privilége de vendeur le tiers des mains duquel il en recevrait le prix, sans déclarer l'existence de l'hypothèque légale, devrait être réputé stellionataire. Il en serait de même du mari ou du tuteur qui, empruntant des fonds pour désintéresser un créancier ayant privilége ou hypothèque sur ses biens, subrogerait le prê-

[33] Persil, sur l'art, 2139. Pont, nº 847. D'après l'art. 32 de la loi du 11 brumaire an VII, les parents ou amis qui avaient concouru à la nomination du tuteur, étaient tenus, chacun individuellement, et sous leur responsabilité solidaire, de requérir en temps utile inscription sur ses biens.

[34] Cette rédaction prête à critique en ce que, d'une part, on ne peut par convention créer de priviléges, et en ce que, d'autre part, il paraît impossible d'étendre la disposition pénale de l'art. 2136 au cas d'établissement d'hypothèques légales ou judiciaires. Il faut donc appliquer cette disposition *distributive*, avec les distinctions et les restrictions qui ressortent de l'esprit de la loi.

[35] Cette formule exprime, nous le croyons, la véritable pensée de la loi. Le tuteur ou le mari qui, ayant omis de prendre inscription sur lui-même, confère ou transmet à des tiers des sûretés hypothécaires qui se trouvent primées par l'hypothèque légale du mineur ou de la femme, sans déclarer cette hypothèque, commet aux yeux de la loi une réticence coupable et empreinte de dol. Or, à ce point de vue, il importe peu que le tuteur ou le mari ait constitué une hypothèque sur ses biens, ou qu'il ait, par une voie quelconque, transmis des hypothèques ou des priviléges dont ils étaient grevés, puisqu'il aura toujours offert et fourni à des tiers des sûretés d'une valeur supérieure en apparence à leur valeur réelle; et c'est là précisément le fait ou le résultat que le législateur a voulu prévenir. Pont, nº 850.

teur aux droits et actions de ce créancier, sans déclarer l'existence de l'hypothèque légale qui primait les sûretés de ce dernier [36].

La disposition pénale de l'art. 2136 est sans application possible à l'établissement sur les biens des tuteurs ou maris d'hypothèques judiciaires, ou de nouvelles hypothèques légales [37]. Elle ne saurait davantage être étendue au mari ou au tuteur qui vendrait des immeubles soumis à l'hypothèque de la femme ou des mineurs. Dans ce dernier cas, le mari ou le tuteur ne seraient réputés stellionataires, qu'autant qu'ils auraient déclaré libres les immeubles vendus [38].

La simple déclaration que le mari ou le tuteur auraient faite de leur qualité, ne suffirait pas toujours pour les affranchir de la contrainte par corps prononcée par l'art. 2136 [39]. D'un autre côté, l'excuse de bonne foi n'est point, en général, admissible de la part du mari ou du tuteur [40].

Mais le tiers qui a contracté avec le mari ou le tuteur, en parfaite connaissance de l'hypothèque légale dont se trouvaient grevés leurs immeubles, n'est point admis, pour invoquer la disposition de l'article précité, à se prévaloir contre eux du défaut de déclaration expresse de cette hypothèque [41].

[36] Dans les deux cas indiqués au texte, il serait vrai de dire que le mari ou le tuteur ont conféré, ou du moins ont laissé prendre, aux tiers avec lesquels ils ont traité, des priviléges ou des hypothèques sur leurs biens. Pont, nº 850.

[37] Tarrible, *Rép.*, vº Insc. hyp., § 3, nº 14. Persil, sur l'art, 2136, nº 3. Rolland de Villargues, vº Insc. hyp.; § 2, nº 22. Troplong, II, 633 *bis*.

[38] *Pœnalia non sunt extendenda ; et præterea, non est eadem ratio.* L'acquéreur des biens vendus par le tuteur ou le mari peut complétement sauvegarder ses intérêts, en remplissant les formalités prescrites par les art. 2193 et 2194; tandis que les créanciers auxquels le tuteur ou le mari a fourni des sûretés hypothécaires, n'ont aucun moyen de se mettre à l'abri de l'hypothèque légale des mineurs ou de la femme. Pont, nº 849. Civ, rej., 25 juin 1817, Sir., 18, 1, 13. Civ. cass., 20 novembre 1826, Sir., 27, 1, 170.

[39] En effet, les tiers, quoique avertis par une pareille déclaration de l'existence de l'hypothèque légale, peuvent avoir traité avec le tuteur ou le mari dans la supposition que les immeubles formant l'objet de la convention, se trouvaient dégagés de cette hypothèque par l'effet d'une réduction conventionnelle ou judiciaire. Cpr. Poitiers, 29 décembre 1830, Sir., 31, 2, 264.

[40] Cpr. § 586, texte nº 1 et note 12. Paris, 27 novembre 1835, Sir., 36, 2, 164.

[41] Rej., 26 juin 1844, Sir., 45, 1, 77. Cpr. aussi Civ. rej., 25 juin 1817, Sir., 18, 1, 13. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2136; nº 3; Troplong, II, 633; Duranton, XX, 45; Pont, nº 854. D'après ces auteurs, on ne pourrait sous aucun prétexte se relâcher de la rigueur de l'art. 2136, et l'on devrait rejeter toute excuse proposée par le tuteur ou le mari, si les actes par eux passés avec des tiers ne fournissaient la preuve évidente de la déclaration de l'hypothèque.

Du reste, la femme pourrait soustraire le mari à l'exercice de la contrainte par corps, en offrant de subroger le créancier vis-à-vis duquel il l'a encourue, à son hypothèque légale, alors du moins qu'elle n'aurait pas déjà précédemment consenti de pareilles subrogations au profit d'autres créanciers [42].

Le subrogé tuteur qui a négligé de faire prendre sans délai [43] par le tuteur, ou de requérir lui-même l'inscription de l'hypothèque légale, est personnellement responsable du préjudice que le défaut d'inscription peut occasionner, soit au pupille [44], soit aux tiers qui

Cette interprétation exagère, à notre avis, la portée du second alinéa de l'art. 2136. La mauvaise foi est, en général, un élément indispensable à l'existence du stellionat; et si, dans l'hypothèse prévue par cet article, la loi répute stellionataire le mari ou le tuteur, c'est parce qu'elle attache à leur silence une présomption de mauvaise foi : or, comme cette présomption ne rentre pas, d'après son objet, dans la classe de celles que le second alinéa de l'art. 1352 déclare absolues, il semble qu'elle n'exclue pas entièrement la preuve contraire de la bonne foi. Mais fût-il certain que toute excuse prise de la bonne foi doive être écartée, il n'en résulterait pas encore que le tiers qui a traité avec le tuteur ou le mari, malgré la connaissance qu'il avait de l'existence de l'hypothèque légale, puisse légalement leur faire un reproche de n'avoir pas expressément déclaré cette hypothèque. Il ne s'agit point ici d'une de ces formalités requises pour rendre opposable aux tiers telle ou telle convention, et auxquelles ne suppléerait point la connaissance personnelle que ceux-ci pourraient en avoir acquise, mais d'une simple déclaration prescrite dans le but d'apprendre aux tiers ce qu'ils ont intérêt à savoir, et à laquelle s'applique complétement la maxime *Certiorari non debet qui haud ignorat.* Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que la contrainte par corps prononcée par l'art. 2136 est bien moins attachée à la créance même du tiers avec lequel le mari ou le tuteur a contracté, qu'aux dommages-intérêts qui peuvent lui être dus en cas de non-paiement de sa créance, et nous comprendrions difficilement que l'on reconnût à celui qui a traité en parfaite connaissance d'une hypothèque légale, un droit quelconque à des dommages-intérêts à raison du défaut de déclaration expresse de cette hypothèque : *Scienti et volenti non fit injuria.* Du reste, nous admettons que les tribunaux devraient se montrer sévères dans l'appréciation des moyens à l'aide desquels le tuteur ou le mari entendraient établir que le tiers a eu connaissance de l'hypothèque légale, et qu'à moins d'une preuve positive et complète de ce fait, la contrainte par corps ne pourrait être refusée.

[42] La subrogation offerte dans ces conditions ferait disparaître tout principe de dommages-intérêts contre le mari. Duranton, XX, 43. Pont, nº 856. Cpr. Paris, 12 décembre 1816. Sir., 17, 2, 228.

[43] Le subrogé-tuteur jouit d'un délai moral pour l'accomplissement de l'obligation que lui impose l'art. 2137, et il appartient aux tribunaux de décider, d'après les circonstances, si, dans tel cas donné, ce délai a été dépassé ou non.

[44] Le défaut d'inscription peut causer préjudice au pupille lui-même, dans les cas où l'inscription devient nécessaire même pendant la durée de la tutelle. Cpr. texte et notes 24 à 27 *supra*. Pont, nº 859.

ont traité avec le tuteur[45]. Il serait toutefois admis à repousser toute demande en dommages-intérêts dirigée contre lui, en prouvant que le demandeur avait connaissance de l'hypothèque légale qui grevait les biens du tuteur avec lequel il a traité[46].

La disposition de l'art. 2137, spéciale à l'inscription de l'hypothèque légale qui affecte les biens du tuteur en cette qualité, ne saurait être étendue à l'inscription de l'hypothèque compétant au pupille du chef de la femme du tuteur, sa mère[47].

3° *Du privilége du vendeur, et de celui du bailleur de fonds pour l'acquisition d'un immeuble.*

Le privilége du vendeur d'un immeuble devient efficace, à l'égard des tiers, par le seul effet de la transcription de l'acte de vente.

Il en est de même du privilége du bailleur de fonds pour l'acquisition d'un immeuble, lorsque l'acte de vente constate que les fonds empruntés ont été employés au paiement du prix. Art. 2108[48].

§ 270.

Des personnes au nom desquelles l'inscription doit être prise. — De celles qui ont qualité pour la requérir. — Du rôle du conservateur des hypothèques quant aux inscriptions à prendre.

1° L'inscription doit, en principe, être prise au nom du titulaire

[45] L'art. 2137 dit, sous peine de *tous dommages-intérêts*, sans spécifier les personnes envers lesquelles la responsabilité du tuteur peut se trouver engagée. Nous en avions conclu, dans nos précédentes éditions, que le subrogé tuteur pouvait être recherché même par de simples créanciers chirographaires; mais nous croyons devoir abandonner cette opinion par le double motif que ces créanciers se trouveraient dans l'impossibilité d'établir avec certitude qu'ils n'auraient pas traité avec le tuteur s'ils avaient connu sa qualité, et qu'il n'est pas probable que le législateur ait entendu soumettre le subrogé tuteur à une responsabilité qui serait illimitée si elle existait même à leur profit. Dalloz, *op et v° citt.*, n° 1379. Pont, n° 861. Taulier, VII, p. 316. — La responsabilité du subrogé tuteur serait-elle engagée vis-à-vis des tiers auxquels le tuteur aurait vendu des biens soumis à l'hypothèque légale sans déclarer l'existence de cette hypothèque? Nous le pensons : la circonstance que les acquéreurs eussent pu se mettre à couvert en remplissant les formalités prescrites par les art. 2193 et 2194, n'est pas de nature à excuser le défaut d'accomplissement de l'obligation qui incombait au subrogé tuteur, et pourrait tout au plus être prise en considération pour la fixation des dommages-intérêts.

[46] Le défaut d'inscription d'une hypothèque légale ne peut être une cause de préjudice pour celui qui connaît l'existence de cette hypothèque. Cpr. note 41 *supra*.

[47] Douai, 18 mars 1840, Sir., 40, 2, 289.

[48] L'explication détaillée de l'art 2108 sera donnée au § 278.

de la créance garantie par l'hypothèque qu'il s'agit de rendre publique.

Si le créancier originaire est décédé avant que l'inscription ait été effectuée, elle peut, jusqu'au partage[1], être prise au nom de sa succession indivise, ou de ses héritiers, sans qu'il soit nécessaire que ceux-ci y soient tous indiqués nominativement[2].

En cas de cession de la créance, le cessionnaire peut, avant toute signification ou acceptation du transport, prendre inscription en son propre nom[3]. Il peut, d'un autre côté, prendre inscription au nom du cédant, même après la signification ou l'acceptation du transport[4]. Du reste, pour que l'inscription prise par le cessionnaire en son nom personnel soit valable, il n'est pas nécessaire que le transport ait eu lieu par acte authentique[5].

Le tiers auquel le créancier a délégué une créance hypothécaire, ne peut, avant d'avoir accepté la délégation expressément ou tacitement, prendre inscription en son nom personnel[6]. Les

[1] Le partage de la succession une fois consommé, il est naturel et plus régulier que l'inscription soit prise au nom de l'héritier dans le lot duquel la créance est tombée. Cependant il ne semble pas qu'elle dût être annulée pour avoir été requise au nom de la succession du créancier originaire. Rien n'oblige, en effet, les héritiers à donner de la publicité à l'acte de partage, et les tiers n'ont pas d'intérêt à ce que l'inscription soit prise, plutôt par l'un des héritiers seulement, que par les héritiers collectivement. Cpr. texte et note 4 *infra*. Voy. cep. Persil, sur l'art. 2148, § 1, n° 3.

[2] Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1040. Pont, n° 931. Paris, 16 février 1809, Sir., 9, 2, 208. Civ. rej., 15 mai 1809, Sir., 10, 1, 22. Req. rej., 17 mars 1852, Sir., 52, 1, 455.

[3] Cpr. § 359 *bis*, texte, notes 30 et 31. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 2, art. 10, n° 1. Troplong, I, 365. Martou, III, 1052. Duranton, XX, 95. Pont, n° 931. Paris, 13 ventôse an XIII, Sir., 5, 2, 566. Req. rej., 4 avril 1811, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 1, 319. Civ. cass., 25 mars 1816, Sir., 16, 1, 233. Req. rej., 11 août 1819, Sir., 19, 1, 450. Bourges, 12 février 1841, Sir., 41, 2, 617.

[4] Merlin, *Quest.*, v° Insc. hyp., § 11, n° 1. Persil, sur l'art. 2148, n° 4. Grenier, I, 74. Duranton, XX, 95. Martou, *loc. cit.* Req. rej., 5 ventôse an XIII, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 1, 81. Req. rej., 16 novembre 1840, Sir., 40, 1, 961.

[5] *Nec obstat* art. 2152. Cet article, qui statue sur la déclaration de changement du domicile élu dans une inscription, ne saurait être étendu au cas où le cessionnaire prend une inscription nouvelle. Troplong, I, 364. Req. rej., 11 août 1819, Sir., 19, 1, 450. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 389. Cpr. aussi Toulouse, 2 janvier 1841, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Priv. et hypoth., n° 1500.

[6] Toullier, VII, 289. Grenier, II, 388. Troplong, I, 368. Duvergier, *De la vente*, II, 241 et 242. Martou, III, 1053. Pont, n° 931. Civ. rej., 21 février 1810, Sir., 10, 1, 200. Aix, 27 juillet 1846, Sir., 46, 2, 443. — Voy. pour l'efficacité d'une acceptation tacite de la délégation : Civ. rej., 8 juillet 1834, Sir., 34, 1 504;

créanciers du titulaire d'une pareille créance n'auraient pas davantage qualité pour prendre inscription en leur propre nom[7].

L'inscription qui n'a pas été prise au nom du créancier originaire, de ses héritiers ou de son ayant-cause, est à considérer comme non avenue et ne profite, ni à l'inscrivant, ni au titulaire réel de la créance. C'est ce qui aurait lieu notamment pour les inscriptions requises en leur propre nom, soit par le délégataire de la créance hypothécaire avant l'acceptation de la délégation, soit par les créanciers du titulaire de cette créance[8].

L'inscription prise au nom seulement de l'une des personnes intéressées à la conservation de la créance ne profite point, en général, aux autres. C'est ainsi que l'inscription prise par l'usufruitier d'une créance en son nom personnel, ne profite point au nu-propriétaire[9], et que l'inscription requise par le créancier d'une rente viagère stipulée réversible, après son décès, sur la tête d'un tiers, ne profite pas à ce tiers, encore que la clause de réversibilité y soit mentionnée[10].

2° Tout titulaire d'une créance hypothécaire a, comme tel, qualité pour requérir l'inscription de l'hypothèque attachée à sa créance. Cette règle s'applique même aux personnes qui ne jouissent pas du libre exercice de leurs droits. C'est ainsi que les femmes mariées et les mineurs sont autorisés à requérir l'inscription de leur hypothèque légale sur les biens de leurs maris ou tuteurs. Art. 2139.

Dijon, 4 février 1847, Sir., 47, 2, 407. La Cour de Metz (24 novembre 1820, Sir., 21, 2, 315) est tombée dans l'erreur en exigeant, pour la validité de l'inscription requise par le créancier délégataire en son nom personnel, une acceptation expresse et par acte authentique de la délégation.

[7] Si, aux termes de l'art. 775 du Code de proc., tout créancier est autorisé à prendre inscription pour conserver les droits de son débiteur, il n'en résulte pas que l'inscription puisse être prise au nom personnel du créancier qui la requiert. Duranton, XX, 90. Martou, III, 1054. Pont, n° 932. Cpr. Req. rej., 20 mai 1839, Sir., 39, 1, 785.

[8] Toutefois, l'inscription prise en son personnel par un créancier du créancier hypothécaire, devrait être maintenue, si l'inscrivant avait eu soin de s'y annoncer comme exerçant les droits de son débiteur, et si les nom, prénoms, profession et domicile de ce dernier, comme titulaire de la créance inscrite, y étaient mentionnés. C'est en ce sens que l'on doit entendre les termes de l'art. 775 du Code de proc., « entre tous les créanciers *inscrits* ou opposants. » Tarrible, *Rép.* v° Inscr. hyp., § 5, n° 5. Persil, sur l'art. 2148, n° 3.

[9] Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1039, 1040 et 1041. Troplong, III, 675. Req. rej., 4 frimaire an XIV, Sir., 6, 1, 209.

[10] Poitiers, 26 janvier 1832, Sir., 32, 2, 209.

A côté des créanciers hypothécaires eux-mêmes, il y a des personnes qui sont tenues, sous leur responsabilité personnelle, de requérir l'inscription, ou qui sont autorisées à le faire, soit dans l'intérêt du créancier, soit dans celui des tiers[11], et d'autres qui jouissent de la faculté de la requérir dans leur propre intérêt.

Tous ceux qui, en vertu d'un mandat légal ou conventionnel, sont chargés de l'administration de la fortune d'autrui, doivent, à peine de tous dommages-intérêts, requérir l'inscription des créances hypothécaires comprises dans les biens dont la gestion leur est confiée.

L'usufruitier d'une créance hypothécaire peut et doit en requérir l'inscription, non-seulement dans son intérêt personnel, mais encore au nom du nu-propriétaire[12].

Le notaire qui a reçu un acte portant constitution d'hypothèque, n'est pas tenu, en principe, et à moins d'avoir été spécialement chargé de ce soin, de requérir l'inscription de l'hypothèque stipulée dans l'acte[13].

Les créanciers du titulaire d'une créance hypothécaire peuvent, pour la conservation des droits de leur débiteur, requérir l'inscription de cette créance. Code de procédure, art. 775 cbn. Code Napoléon, art. 1166.

Les personnes qui ont qualité pour prendre une inscription, peuvent la requérir par l'intermédiaire d'un tiers. Le mandat donné à cet effet n'est soumis à aucune forme, et peut être purement verbal. La preuve en résulte, vis-à-vis du conservateur, du fait même que le tiers qui requiert l'inscription est porteur de l'original en brevet, ou d'une expédition en bonne forme, de l'acte ou du jugement qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque, de telle sorte que ce fonctionnaire ne pourrait refuser

[11] Voy. sur les personnes chargées de requérir l'inscription des hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs ou interdits, et sur celles qui sont autorisées à le faire : art. 2136 à 2139 ; § 269, texte nº 2, lett. *d*.

[12] Cpr. § 231, texte nº 3. Proudhon, *op. cit.*, III, 1038.

[13] Pont, nº 937, et *Revue critique*, 1855, VII, p. 35. Bordeaux, 26 mars 1844, Sir., 44, 2, 463. Req. rej., 4 juillet 1847, Sir., 48, 1, 205. Riom, 7 décembre 1848, Sir., 49, 2, 88. Paris, 28 juillet 1851, Sir., 52, 2, 794. Rouen, 24 novembre 1852, Sir., 53, 2, 263. Req. rej., 14 février 1855, Sir., 55, 1, 171. Cpr. Paris, 14 janvier 1854, Sir., 55, 2, 705. Cet arrêt n'est pas contraire à notre opinion. Il a été rendu dans des circonstances exceptionnelles qui le justifient complétement.

d'opérer l'inscription sous le prétexte que le requérant ne justifierait pas suffisamment de son pouvoir[14]. Art. 2148, al. 1er.

L'inscription opérée sur la réquisition d'un tiers qui, n'ayant reçu aucun mandat à cet effet, aurait agi comme simple *negotiorum gestor*, ne serait pas nulle par ce motif, et profiterait au créancier qui jugerait convenable de se l'approprier[15]. Mais il est entendu que le débiteur sur lequel une inscription aurait été ainsi prise, pourrait, d'accord avec le créancier, en faire ordonner la radiation aux dépens du requérant, même avec dommages-intérêts, s'il y avait lieu[16].

3° Le conservateur des hypothèques ne doit, en général, et sauf les cas où la loi lui impose l'obligation de le faire d'office[17], opérer d'inscriptions, que lorsqu'il en est régulièrement requis. Il devrait notamment s'abstenir d'inscrire d'office, soit l'hypothèque légale d'une femme mariée, d'un mineur ou d'un interdit, soit l'hypothèque conventionnelle stipulée dans un acte de vente ou de donation, qui serait présenté à la formalité de la transcription.

S'il avait, de son propre mouvement et sans réquisition, pris des inscriptions pour de pareilles hypothèques, les parties intéressées seraient fondées à lui refuser le paiement de tous droits et salaires, et à l'actionner pour en faire ordonner la radiation à ses frais. Mais les inscriptions ainsi prises, ne sont pas pour cela frappées de nullité ; elles profitent aux créanciers qui entendraient les maintenir et se les approprier, comme leur profiteraient des inscriptions requises en leur nom par des tiers dépourvus de tout mandat de leur part[18].

[14] Troplong, III, 673. Duranton, XX, 88. Baudot, n° 217. Pont, n° 935.

[15] Delvincourt, III, p. 166, note 2. Troplong, III, 674. Voy. cep. Tarrible, *Rép.*, v° Insc. hyp., § 5, n° 5.

[16] C'est ce qui pourrait arriver dans le cas où un tiers, sans pouvoir de la part de l'une des personnes ayant qualité à cet effet, aurait fait inscrire l'hypothèque légale d'une femme mariée. Cpr. § 269, texte n° 2, note 31, et l'arrêt de Caen cité dans cette note.

[17] Cpr. § 268, texte, notes 12 et 13.

[18] Civ. rej., 13 juillet 1841, Sir., 41, 1, 731. Agen, 4 janvier 1854, Sir., 54, 2, 350. Cpr. Pont, nos 270 et 933; Flandin, *De la transcription*, II, 1123. Voy. en sens contraire : Poitiers, 1er juillet 1831, Sir., 31, 2, 241; Nîmes, 29 novembre 1854, Sir., 55, 2, 512. Ces arrêts, qui décident que l'inscription d'office d'une hypothèque conventionnelle, stipulée dans un acte de vente ou de donation, est nulle et entraîne la nullité de celle prise en renouvellement par le créancier lui-même, méconnaissent l'objet de l'inscription hypothécaire, et créent une cause de nullité qui n'existe pas dans la loi. Étrangère à l'établisse-

§ 271.

Des personnes sur lesquelles l'inscription doit être prise. — Des titres en vertu desquels elle peut être requise.

1° L'inscription doit être prise sur la personne du chef de laquelle procède l'hypothèque qu'elle est destinée à rendre publique, c'est-à-dire, selon les cas, sur le débiteur direct et originaire, ou sur le tiers qui a fourni l'hypothèque[1].

Lorsque la personne sur laquelle l'inscription devait être prise, est décédée, le créancier a le choix[2] de la prendre sur le défunt même, ou sur ses héritiers désignés individuellement[3]. Art. 2149.

La faculté accordée au créancier de prendre inscription sous le nom du débiteur décédé, n'est soumise à aucune réserve ni res-

ment et à la validité de l'hypothèque même, l'inscription est uniquement destinée à la rendre publique; le vœu de la loi est rempli dès que l'hypothèque a été portée à la connaissance du public, par le moyen d'une inscription opérée sur le registre tenu à cet effet, et réunissant les énonciations nécessaires. Qu'importe aux tiers que l'inscription ait été effectuée par suite d'une réquisition régulière, ou que le conservateur y ait procédé de son propre mouvement; comment pourraient-ils trouver, dans cette dernière circonstance, qui n'a pu les induire en erreur, ni leur causer dommage, un motif légitime de quereller l'inscription? D'un autre côté, si l'art. 2108 impose au conservateur l'obligation de prendre inscription d'office pour les créances privilégiées résultant d'actes de ventes, aucune loi ne lui défend d'inscrire, sans réquisition de la part du créancier, une hypothèque conventionnelle; et l'on ne voit réellement pas pourquoi l'inscription prise par le conservateur de son propre mouvement serait nulle et ne pourrait être invoquée par le créancier, alors cependant qu'une inscription provoquée par un tiers destitué de toute qualité pour la requérir, profite au créancier qui en réclame le bénéfice.

[1] C'est ainsi que l'on doit entendre les termes *débiteur*, et *individu grevé d'hypothèque*, qui se trouvent dans le n° 2 de l'art. 2148. Martou, III, 1074. Pont, n° 976. Cpr. texte et note 5 *infra*.

[2] L'art. 2149 accorde au créancier une faculté destinée à lui faciliter l'inscription; mais elle ne lui défend pas de la prendre sous le nom des héritiers du débiteur. Persil, sur l'art. 2149, n° 2. Pont, n° 973.

[3] Si, au lieu d'user de la faculté de s'inscrire sous le nom du débiteur décédé, le créancier prenait inscription sur les héritiers, il devrait, en conformité de la règle posée par le n° 2 de l'art. 2148, les désigner individuellement par leurs noms, prénoms, domiciles et professions. Pont, n° 973. — Une inscription prise sur les héritiers, non individuellement désignés, du débiteur, serait cependant valable, si elle contenait, quant à ce dernier, une désignation suffisante. Civ. rej., 2 mars 1812, Sir., 12, 1, 257.

triction. Elle lui appartiendrait dans le cas même où les héritiers auraient reconnu la dette et en auraient fourni titre nouvel [4].

En cas d'aliénation de l'immeuble grevé, l'inscription peut toujours être prise sur le débiteur originaire ou le tiers qui a fourni l'hypothèque, sans qu'il soit nécessaire d'y désigner l'acquéreur [5]. Elle serait entachée de nullité, si elle avait été prise sur le tiers détenteur seulement [6].

2° L'inscription peut être requise en vertu de tout acte susceptible de conférer un privilége ou une hypothèque. C'est ainsi, par exemple, que le vendeur et le copartageant sont admis à requérir l'inscription de leur privilége, lors même que la vente ou le partage n'a été consigné que dans un acte sous seing-privé [7]. C'est ainsi encore que les créanciers d'une succession peuvent requérir l'inscription exigée par l'art. 2111, bien que leurs créances ne soient constatées que par des actes sous seing privé.

La circonstance que l'acte de constitution d'une hypothèque serait entachée d'une nullité simplement relative, et susceptible d'être effacée par confirmation, n'empêcherait pas que l'hypothèque ne pût être utilement inscrite dès avant la confirmation [8]. Mais si une hypothèque conventionnelle avait besoin pour son existence ou sa validité, de la ratification d'un tiers, elle ne pour-

[4] L'argument en sens contraire que Persil (art. 2149, n° 3) a cru pouvoir tirer de l'art. 879, manque de fondement. Martou, III, 1113. Pont, n° 974.

[5] Vainement objecterait-on que les termes du n° 2 de l'art. 2148, *l'individu grevé d'hypothèque*, s'appliquent précisément au tiers détenteur des immeubles affectés à l'hypothèque, et que c'est par conséquent sur lui que l'inscription doit être prise. En effet, le sens de ces expressions se précise et se restreint par l'ensemble de la disposition précitée, dans laquelle elles sont évidemment employées comme indiquant la même personne, qui est d'abord désignée sous le nom de *débiteur*. Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 2, art. 16, n° 2. Grenier, I, 87. Duranton, XX, 110. Troplong, III, 681 *ter*. Pont, n° 975. Bruxelles, 7 mai 1807, Sir., 7, 2, 721. Paris, 10 février 1808, Sir., 8, 2, 289. Bruxelles, 2 janvier 1812, Sir., 12, 2, 325. Caen, 6 mai 1812, Sir., 12, 2, 451. Metz, 5 août 1819, Sir., 21, 2, 7. La Cour de cassation s'était d'abord prononcée en sens contraire (Req. rej., 13 thermidor an XII, Sir., 5, 1, 45); mais elle n'a pas persisté dans cette manière de voir. Voy. l'arrêt cité à la note suivante.

[6] Grenier, *op. et loc. citt.* Duranton, XX, 110 et 111. Civ. cass., 27 mai 1816, Sir., 16, 1, 265.

[7] Cpr. § 174 *bis*, texte et note 10. Delvincourt, III, p. 283 et 332. Grenier, II, 286. Duranton, XX, 98. Troplong, I, 285 *bis*. Pont, n° 266. Flandin, *De la transcription*, II, 1107 et 1116. Civ. cass., 6 juillet 1807, Sir., 7, 2, 1137.

[8] Cpr. § 266, texte, n° 1, lett. *b*, notes 27 et 28. Voy. en sens contraire Grenier, I, 46.

rait être efficacement inscrite qu'après cette ratification, et en vertu de l'acte qui la constaterait[9].

§ 272.

A partir de quelle époque et jusqu'à qu'elle époque l'inscription peut être prise[1].

1° L'inscription peut, en général, être requise immédiatement après l'acquisition de l'hypothèque[2].

Toutefois, et par exception à cette règle, l'hypothèque résultant d'un jugement de reconnaissance de signature, rendu sur une créance à terme ou conditionnelle, ne peut être valablement inscrite avant l'échéance du terme, ou l'accomplissement de la condition[3]. Loi du 3 septembre 1807, art. 1.

D'un autre côté, l'inscription d'une hypothèque consentie, dans le cas prévu par l'art. 2130, sur des biens présents et sur des biens à venir, ne peut être utilement prise, quant à ces derniers, qu'au fur et à mesure de leur acquisition[4].

2° Depuis l'abrogation de la loi du 11 brumaire an VII, à laquelle il nous paraît inutile de remonter, après les exposés historiques présentés aux §§ 207 et 257, la législation a passé par trois phases différentes, quant au point de savoir jusqu'à quelle époque l'inscription peut être efficacement prise.

a. Sous l'empire du Code Napoléon, et avant la mise à exécution du Code de procédure, l'inscription ne pouvait plus être prise utilement sur les immeubles qui, par suite d'une aliénation volontaire ou forcée, étaient sortis du patrimoine du débiteur. En

[9] Paris, 11 août 1808, Sir., 8, 2, 287. Voy. en sens contraire : Req. rej., 3 août 1859, Sir., 59, 1, 801 et 811. Ce dernier arrêt confond deux choses essentiellement distinctes, à savoir la confirmation, par la personne même qui l'a passé, d'un acte annulable ou rescindable, et la ratification par un tiers, d'un acte passé en son nom, sans mandat de sa part. D'un autre côté, cet arrêt applique à tort à la constitution d'hypothèque, soumise à des solennités particulières, la maxime *Ratihabitio mandato æquiparatur*. Cpr. § 266, texte n° 1, lett. *a* et note 6.

[1] Nous ne traitons ici ces questions que par rapport aux hypothèques non dispensées d'inscription. Les règles relatives aux délais dans lesquels les hypothèques légales, dispensées d'inscription, doivent être inscrites, lorsqu'elles sont exceptionnellement soumises à cette formalité, ont déjà été développées au § 269.

[2] Mais non auparavant. Req. rej., 1er mars 1860, Sir., 61, 1, 267.

[3] Cpr. § 265, texte n° 4.

[4] Cpr. § 266, texte n° 1, lettre *a*, notes 24 et 25.

d'autres termes, l'aliénation arrêtait par elle-même, et indépendamment de la transcription de l'acte d'aliénation, le cours des inscriptions des hypothèques procédant du chef du vendeur[5]. Art. 2166.

b. Ce principe fut modifié, en ce qui concerne les aliénations volontaires, par l'art. 834 du Code de procédure. Aux termes de cet article, les créanciers ayant hypothèque sur un immeuble, furent autorisés à l'inscrire utilement jusqu'à l'expiration de la quinzaine, à dater de la transcription de l'acte d'aliénation. Cette faculté appartenait indistinctement aux créanciers hypothécaires du vendeur et à ceux des précédents propriétaires, à supposer, bien entendu, que les créanciers de cette dernière classe ne s'en trouvassent pas déjà déchus par suite de transcriptions antérieures. Mais aussi la transcription faite par le dernier acquéreur de son propre contrat suffisait-elle pour rendre inefficaces les inscriptions prises après le délai de quinzaine, même par des créanciers des précédents propriétaires, et cela, bien que ce contrat ne mentionnât pas les noms et les titres d'acquisition de ces derniers[6]. Dans ce système, la transcription ne formait point,

[5] *Rapport fait au Tribunat* par Grenier (Locré, *Lég.*, XVI, p. 398, nº 38). Avis du Conseil d'État du 20 thermidor an XIII (Locré, *Lég.*, XXIII, p. 31 à 50). Maleville, sur l'art. 2182. Merlin, *Rép.*, vº Inscription hypothécaire, § 8 *bis*, nº 2. Persil, sur les art. 2181 et 2182. Grenier, *Des hypothèques*, II, 349 et 350. Sirey, *Consultation*, Sir., 13, 2, 145. Paris, 22 décembre 1809, Sir., 10, 2, 192. Turin, 23 novembre 1810, Sir., 11, 2, 284. Civ. rej., 13 décembre 1813, Sir., 14, 1, 46. Civ. cass., 22 février 1825, Sir., 25, 1, 178. Voy. en sens contraire : Guichard, *Consultation*, Sir., 11, 2, 249 ; Bruxelles, 31 août 1808, Sir., 9, 2, 45 ; Lyon, 14 mars 1811, Sir., 11, 2, 454.

[6] Duranton, XX, 360. De Fréminville, *De la minorité*, II, 1156. Civ. rej., 28 mai 1807, Sir., 7, 1, 295. Civ. rej., 13 décembre 1813, Sir., 14, 1, 46. Civ. rej., 14 janvier 1818, Sir., 18, 1, 300. Deux autres opinions ont été émises sur ce point. Suivant l'une, le cours des inscriptions ne pouvait être arrêté, quant aux hypothèques procédant du chef des précédents propriétaires, qu'au moyen de la transcription de l'acte par lequel chacun d'eux avait aliéné l'immeuble. Voy. en ce sens : Tarrible, *Rép.*, vº Transcription, § 3, nºs 2 et 3 ; Dalloz, *Jur. gén.*, vº Priviléges et hypothèques, nº 2067. D'après l'autre, la transcription du dernier acte de mutation suffisait pour arrêter le cours des inscriptions sur les propriétaires antérieurs, mais à la condition que leurs noms et leurs titres d'acquisition y fussent exactement rappelés. Voy. en ce sens : Persil, sur les art. 2181 et 2182, nº 21 ; Grenier, II, 365 ; Battur, III, 548 ; Troplong, III, 913. Ces deux opinions, qui nous paraissent avoir été inspirées par des réminiscences de la loi du 11 brumaire an VII, s'écartaient également de l'esprit de l'art. 834 du Code de procédure, dont la disposition toute de faveur avait eu principalement

comme dans celui de la loi du 11 brumaire an VII, une condition de la transmission de la propriété à l'égard des tiers; elle n'avait d'autre objet que de fixer le point de départ d'un délai de faveur pendant lequel les créanciers hypothécaires, antérieurs à l'aliénation, étaient encore admis à s'inscrire utilement.

Il résultait de là que, durant ce délai, les créanciers du vendeur ou des précédents propriétaires et ceux de l'acquéreur, étaient concurremment autorisés à prendre inscription sur l'immeuble aliéné, et que le rang entre les créanciers de ces deux classes se réglait uniquement par la date de leurs inscriptions respectives, sans que les créanciers du vendeur ou des précédents propriétaires pussent, en cette qualité, réclamer une préférence quelconque sur ceux de l'acquéreur[7].

Sauf le concours des créanciers de l'acquéreur, l'inscription prise, dans la quinzaine de la transcription de l'acte d'aliénation, par les créanciers des anciens propriétaires, produisait en général les mêmes effets que si elle avait été requise dès avant l'aliénation. Toutefois, ceux de ces créanciers dont les inscriptions étaient postérieures à la transcription, se trouvaient dans une position moins favorable que les créanciers inscrits antérieurement à l'accomplissement de cette formalité, en ce que l'acquéreur qui voulait purger son acquisition, n'était pas obligé de leur faire notifier son contrat, et qu'ils étaient ainsi exposés à encourir la déchéance de la faculté de surenchérir, sans avoir été mis personnellement en demeure de l'exercer. Code de procédure, art. 835.

Du reste, l'innovation législative, développée dans les proposi-

pour but d'empêcher que le débiteur ne pût, après avoir constitué des hypothèques sur un immeuble, les rendre inefficaces en l'aliénant immédiatement. Or, ce but se trouvait atteint, pour les créanciers des précédents propriétaires, tout aussi bien et mieux encore que pour ceux du dernier vendeur, par cela seul qu'ils étaient admis, même après plusieurs reventes de l'immeuble, à s'inscrire dans la quinzaine de la transcription du dernier acte de mutation.

[7] Tarrible, *Rép.*, v° Ordre de créanciers, § 2, n° 3. Troplong, III, 843. Req. rej., 3 brumaire an XIV, Sir., 6, 1, 92. Voy. en sens contraire: Persil, sur l'art. 2177, n° 2; Pont, n° 1217. — Aujourd'hui, sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, la question ne se présente plus de la même manière. Si le contrat de vente a été transcrit, les créanciers du vendeur, non antérieurement inscrits, sont déchus du droit de le faire, et par là toute possibilité de concours disparaît. Si, au contraire, le contrat de vente n'a pas été transcrit, les créanciers du vendeur qui, faute de transcription, est resté saisi de la propriété à l'égard des tiers, doivent par cela même l'emporter, quoique inscrits postérieurement à ceux de l'acquéreur. Voy. § 209, texte et note 88.

tions précédentes, ne régissait que les aliénations postérieures au 1er janvier 1807, époque de la mise à exécution du Code de procédure[8]. Art. 1041 de ce Code.

La modification introduite par l'art. 834 du Code de procédure, relative seulement au cas d'aliénation volontaire[9], laissa subsister, quant à l'expropriation forcée par suite de saisie immobilière, le principe posé par le Code Napoléon, de telle sorte qu'aucune inscription ne pouvait être utilement prise sur l'immeuble saisi postérieurement au jugement d'adjudication.

Mais cette modification fut étendue au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique par l'art. 17 de la loi du 7 juillet 1833, qui admit les créanciers hypothécaires à s'inscrire sur l'immeuble exproprié, dans la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation. Il y a mieux, l'art. 16 de la même loi rendit, en ce qui concerne les jugements d'expropriation, la transcription obligatoire, de facultative qu'elle était pour les actes d'aliénation volontaire. Les dispositions de la loi du 7 juillet 1833, qui viennent d'être analysées, ont été reproduites par les art. 16 et 17 de la loi du 3 mai 1841.

c. Dans le dernier état de la législation, tel qu'il se trouve fixé par la loi du 23 mars 1855, qui a prononcé l'abrogation des art. 834 et 835 du Code de procédure, les hypothèques procédant du chef du vendeur peuvent être inscrites même après l'aliénation; mais elles ne sont plus susceptibles de l'être d'une manière efficace, à partir de la transcription de l'acte qui la constate. Loi précitée, art. 6.

Quant aux hypothèques procédant du chef des précédents propriétaires, la transcription du titre du dernier acquéreur ne suffit pas à elle seule pour former obstacle à ce qu'elles soient inscrites utilement. Le cours des inscriptions des hypothèques existant du chef de propriétaires successifs n'est arrêté, pour chacun d'eux en particulier, qu'à partir de la transcription de l'acte par lequel il a aliéné l'immeuble[10].

[8] Voy. les autorités citées à la note 5 *supra*.

[9] Les adjudications faites par autorité de justice, autres que celles sur saisie immobilière, par exemple les ventes de biens de mineurs ou d'interdits, devaient, au point de vue de l'application de l'art. 834 du Code de procédure, être rangées dans la classe des aliénations volontaires. *Observations du Tribunat sur l'art. 775 du Code de procédure* (Locré, *Lég.*, XXII, p. 490, nº 104). Tarrible, *Rép.*, vº Transcription, § 3, nº 7. Grenier, II, 306.

[10] Voy. à cet égard les développements donnés au § 209, texte, lett. C, nº 2, et notes 98 à 102.

Les règles précédentes s'appliquent tout aussi bien au cas d'expropriation forcée par suite de saisie immobilière, qu'à celui d'aliénation volontaire[11]. Mais elles sont étrangères à l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui reste régie par les dispositions spéciales des art. 16 et 17 de la loi du 3 mai 1841, auxquelles la loi générale du 23 mars 1855 n'a nullement dérogé[12].

L'art. 11 de la loi précitée, qui règle le passage de l'ancienne législation à la nouvelle, n'ayant pas compris l'art. 6 au nombre de ceux dont les dispositions restent inapplicables aux actes ayant acquis date certaine et aux jugements rendus avant le 1er janvier 1856, on doit en conclure que le sort des inscriptions prises depuis cette époque est exclusivement régi par la loi nouvelle, bien qu'elles se rapportent à des hypothèques résultant d'actes ou de jugements antérieurs[13]. Ainsi, une inscription prise depuis le 1er janvier 1856, pour sûreté d'une hypothèque antérieurement établie, reste sans effet, si elle est postérieure à la transcription de l'acte par lequel le débiteur a aliéné l'immeuble hypothéqué; et il importe même peu à cet égard que cette transcription ait été opérée, soit depuis, soit avant le 1er janvier 1856[14].

[11] Arg., art. 6, cbn. art. 1er, nº 4, de la loi du 23 mars 1855.

[12] Voy. pour la justification de cette proposition: § 209, texte, lett. A, nº 2, et notes 42 à 44.

[13] On ne saurait voir là une exception à la règle de la non-rétroactivité des lois, puisque les droits acquis sont respectés, et que la disposition de la loi nouvelle a seulement pour objet de régler la manière dont les hypothèques non inscrites sous la loi ancienne se conserveront dans l'avenir. Aussi le principe, tel qu'il est posé au texte, n'a-t-il donné lieu à aucune contestation, et ne s'est-il produit de dissidence d'opinions que sur l'hypothèse qui sera examinée à la note suivante. Bressoles, *Exposé sur la transcription*, nº 108, p. 69. Rivière et François, *Explication de la loi du 23 mars 1855*, nº 145. Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, nº 416. Lesenne, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, nº 152. Gauthier, *Résumé de doctrine etc. sur la transcription*, nº 270. Flandin, *De la transcription*, II, 1491 à 1493. Mourlon, *De la transcription*, II, 1112.

[14] Cette solution est généralement adoptée pour le cas où la transcription n'a été opérée que depuis le 1er janvier 1856. Bressoles, *op. et loc. citt.* Rivière et Huguet, *op. cit.*, nº 418. Troplong, *De la transcription*, nº 354. Gauthier, *op. cit.*, nº 275. Flandin, *op. et loc. citt.* Mais elle est contestée pour le cas où la transcription, ayant été faite antérieurement au 1er janvier 1856, sous la date, par exemple du 25 décembre 1855, le délai de quinzaine accordé par l'art. 834 du Code de procédure n'était pas encore expiré lors de la mise à exécution de la loi nouvelle. Plusieurs auteurs soutiennent que, dans ce cas, l'inscription a pu, même après le 1er janvier 1856, être utilement requise jusqu'à l'expiration de

Ce qui a été dit jusqu'aprésent ne concerne que les aliénations par actes entre vifs. Les legs à titre particulier transférant, dès l'instant du décès du testateur, et abstraction faite de toute transcription du testament, la propriété des immeubles légués, il en résulte que les créanciers hypothécaires du défunt ne pourraient plus, après l'ouverture de la succession, inscrire utilement leurs hypothèques sur ces immeubles [15].

Les créances hypothécaires non inscrites en délai utile retombent irrévocablement, et à tous égards, dans la classe des créances simplement chirographaires [16].

3° L'efficacité des inscriptions prises avant l'expiration des termes indiqués au n° 2 ci-dessus, est en général indépendante des circonstances dans lesquelles elles ont été requises. Cette règle est cependant sujette à modification quant aux inscriptions portant sur les biens d'un failli, et sur les immeubles dépendant d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ou déclarée vacante.

ce délai de quinzaine. Voy. en ce sens : Bressoles, *op. et loc. citt.*; Troplong, *op. cit.*, n° 353 ; Fons, *Précis sur la transcription*, n^os^ 50 et 61 ; Gauthier, *op. cit.*, n° 274 ; Flandin, *op. cit.*, II, 1495 à 1497. On dit, à l'appui de cette opinion, que l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, en statuant qu'à partir de la transcription, les créanciers hypothécaires ne peuvent plus prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire, n'a eu en vue que les transcriptions opérées depuis le 1^er^ janvier 1856, et qu'une transcription faite dès avant cette époque, sous l'empire de l'art. 834 du Code de procédure, n'a pu avoir d'autre effet que de mettre les créanciers en demeure de s'inscrire dans le délai de quinzaine, délai dont on ne saurait les priver sans porter atteinte à un droit acquis. Cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. Le délai de quinzaine accordé par l'article précité n'était qu'un délai de faveur, auquel la loi nouvelle a pu mettre fin sans aucune espèce de rétroactivité, d'autant plus que cette loi ayant été promulguée neuf mois avant l'époque fixée pour sa mise à exécution, il a été satisfait à toutes les exigences de l'équité. D'un autre côté, il nous semble évident qu'une transcription opérée avant le 1^er^ janvier 1856 a dû produire, à partir de cette époque, tous les effets que la loi du 23 mars 1855 attache à l'accomplissement de cette formalité, et nous ne comprendrions pas que les créanciers pussent encore, pour la conservation de leurs droits, réclamer, après la mise à exécution de la loi nouvelle, le bénéfice d'un délai que cette loi leur a enlevé en abrogeant la disposition antérieure qui le leur avait concédé. Enfin, il serait bizarre que l'acquéreur, qui, par le seul effet d'une transcription effectuée à partir du 1^er^ janvier 1856, aurait immédiatement arrêté le cours des inscriptions, se trouvât de condition pire pour avoir été plus diligent. Voy. en ce sens : Rivière et Huguet, *op. cit.*, n° 417.

[15] Arg. art. 2166. Cpr. § 174, texte n° 3 et note 8. Troplong, *De la transcription*, n° 273. Mourlon, *De la transcription*, II, 582 et 583.

[16] Cpr. § 267, texte et note 3.

a. Les inscriptions prises sur les immeubles d'un commerçant failli, même pour des hypothèques valablement acquises, restent sans effet au regard des créanciers de la masse, si elles ne l'ont été au plus tard la veille du jour auquel a été rendu le jugement déclaratif de faillite [17].

Il y a plus, les inscriptions prises, même avant le jugement déclaratif de faillite, mais depuis l'époque fixée par le tribunal de commerce comme étant celle de la cessation de paiements, ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque, peuvent être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif d'hypothèque et celle de l'inscription [18]. Code de commerce, art. 448 [19]. En faisant usage du pouvoir d'appréciation qui leur est accordé dans cette dernière hypothèse, les tribunaux doivent principalement prendre en considération la durée de l'intervalle qui s'est écoulé entre la constitution de l'hypothèque et son inscription; ils pourraient, malgré la bonne foi du créancier, annuler l'inscription, s'ils reconnaissaient que le retard qu'il a mis à s'inscrire a été de nature à induire les tiers en erreur sur la situation du débiteur [20].

L'inefficacité des inscriptions prises depuis le jour du jugement déclaratif de la faillite, est purement relative, et ne peut être opposée que par les créanciers de la masse. Il en résulte que le failli, après avoir obtenu un concordat, auquel n'aurait pas concouru le créancier hypothécaire tardivement inscrit, est non recevable à

[17] L'inscription serait tardive, si elle n'avait été prise que le jour même de la déclaration de faillite. C'est ce qui résulte nettement des termes du premier alinéa de l'art. 448 du Code de commerce, *jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite*, rapprochés du premier alinéa de l'art. 443 du même Code. Amiens, 26 décembre 1855, Sir., 56, 2, 563.

[18] Ce délai est susceptible d'augmentation pour distance. Voy. Code de commerce, art. 448, al. 3.

[19] Le premier alinéa de l'art. 2146 du Code Napoléon a été modifié par le second alinéa de l'art. 448 du Code de commerce révisé. D'après le premier de ces articles, les inscriptions prises dans les dix jours avant l'ouverture de la faillite étaient, par cela même, nulles de plein droit, tandis que, d'après le second, l'annulation n'en peut être demandée qu'autant qu'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la constitution de l'hypothèque et l'inscription, et que, dans ce cas-là même, le juge n'est pas obligé de les annuler.

[20] Pont, n° 883. Demangeat, sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 286, à la note. Bourges, 9 août 1848, Sir., 48, 2, 597. Req. rej., 17 avril 1849, Sir., 49, 1, 638. Colmar, 15 janvier 1862, Sir., 62, 2, 122. Req. rej., 2 mars 1863, Sir., 63, 1, 425. Cpr. cep. Rouen, 8 mai 1851, Sir., 52, 2, 185.

demander la radiation de son inscription, en offrant de lui payer le dividende fixé par le concordat[21].

L'art. 448 du Code de commerce ne s'applique pas aux inscriptions ayant pour objet des intérêts d'une créance hypothécaire valablement inscrite avant le jugement déclaratif de faillite[22]. D'un autre côté, la faillite ne forme aucun obstacle, ni aux inscriptions à requérir sur des immeubles dont le failli est tiers détenteur[23], ni à celles à prendre, pour des dettes personnelles au failli, sur des immeubles qui ont passé dans les mains de tiers acquéreurs[24].

Les dispositions exceptionnelles des art. 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce sont spéciales à la faillite, et ne sauraient être étendues à la déconfiture d'un débiteur non commerçant[25]. Elles ne s'appliquent pas davantage au cas de cession de biens, volontaire ou judiciaire, en ce qui concerne du moins les créanciers qui n'ont point concouru au contrat d'abandonnement, ou qui n'ont point figuré au jugement par lequel la cession a été admise[26]. Quant aux créanciers qui ont été parties dans ce contrat ou dans ce jugement, la question de savoir s'ils peuvent encore, par des inscriptions prises ultérieurement, s'assurer, au détriment des autres créanciers, un droit de préférence sur les biens cédés,

[21] C'est ce qui résulte, à notre avis, sinon du texte, du moins de l'esprit de l'art. 448, qui n'a eu pour but que de protéger les intérêts des créanciers de la masse. Voy. en ce sens : Req. rej., 10 février 1863, Sir., 63, 1, 262.

[22] Voy. sur ce point : § 285, texte n° 3 et note 23.

[23] Dans cette hypothèse, celui qui requiert l'inscription n'est point un créancier du failli, voulant s'assurer un droit de préférence au préjudice de la masse, mais un créancier du vendeur d'immeubles acquis par le failli, qui entend rendre efficace son droit de suite à l'égard de ce dernier. Persil, sur l'art. 2146, n° 15. Grenier, II, 364. Troplong, III, 655 *ter*. Pont, n° 907.

[24] Cette hypothèse présente moins de difficulté encore que la précédente, puisque l'immeuble ayant cessé d'appartenir au failli, les intérêts des créanciers de la masse ne sont nullement en jeu. Persil, sur l'art. 2146, n° 11. Troplong, *loc. cit.* Pont, n° 908.

[25] Merlin, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 13. Persil, sur l'art. 2146, n° 11. Fournier-Verneuil, *Dissertation*, Sir., 11, 2, 273. Grenier, I, 123. Troplong, III, 661. Pont, n° 876. Req. rej., 11 février 1812, Sir., 13, 1, 124. Paris, 18 août 1812, Sir., 13, 2, 14. Rennes, 24 mars 1812, Sir., 14, 2, 61. Paris, 9 juin 1814, Sir., 15, 2, 237. Voy. en sens contraire : Bruxelles, 17 février 1810, Sir., 10, 2, 235.

[26] Persil, sur l'art. 2146, n° 10. Troplong, III, 662. Martou, III, 1047. Pont, n° 877. Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 4, n° 6 ; Grenier, I, 124 ; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Priviléges et hypothèques, n° 1429. Cpr. § 266, texte n° 1, lett. *b*, notes 34 et 35.

est une question d'application ou d'interprétation de la convention ou du jugement qui a admis la cession [27].

b. Les inscriptions prises sur les immeubles d'une succession, en vertu d'hypothèques procédant du chef du défunt [28], sont sans effet au regard des créanciers héréditaires, lorsque la succession n'a été acceptée que sous bénéfice d'inventaire. Art. 2146, al. 2 [29].

Il en est ainsi dans le cas où, à raison de la condition personnelle des héritiers, la succession n'a pu être acceptée que sous bénéfice d'inventaire, comme dans celui où elle eût pu l'être purement et simplement [30]. Il importe également peu que les inscriptions soient antérieures ou postérieures à l'acceptation bénéficiaire [31].

Mais le second alinéa de l'art. 2146 ne saurait être étendu au cas où la succession a été acceptée purement et simplement [32], et

[27] La question posée au texte devrait être résolue négativement, si la convention, par laquelle la cession a été admise, portait que le prix des biens cédés serait distribué entre les créanciers dans l'ordre des inscriptions alors existantes. En l'absence d'une clause aussi formelle, il appartiendrait aux tribunaux de décider la question par interprétation de l'intention commune des parties.

[28] Le second alinéa de l'art. 2146 n'a eu spécialement en vue que le cas où une hypothèque existant du chef du défunt n'aurait pas été inscrite de son vivant. Quant à la question de savoir si un créancier simplement chirographaire du défunt, ou un créancier personnel de l'héritier, peut acquérir, sur les immeubles de la succession, une hypothèque susceptible de lui conférer un droit de préférence vis-à-vis des créanciers héréditaires, elle se résout pour la négative ou pour l'affirmative, suivant qu'il y a ou qu'il n'y a pas séparation de patrimoines. Cpr. § 619.

[29] Cette disposition a fait l'objet de vives critiques, comme reposant sur une fausse assimilation de la succession bénéficiaire à la faillite. Si elle s'explique, jusqu'à un certain point, par la considération que, dans le cas où la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, le défunt n'a pas de représentant passif, et que son patrimoine forme le seul gage de ses créanciers, il est difficile cependant de ne pas reconnaître que le législateur a exagéré les conséquences de cette situation, en frappant d'inefficacité des inscriptions prises en vertu d'hypothèques valablement établies du vivant du défunt.

[30] Persil, sur l'art. 2146, nº 13. Duranton, XX, 82. Troplong, III, 659. Pont, nº 917. Toulouse, 2 mars 1826, et Bordeaux, 24 juin 1826, Sir., 26, 2, 216 et 306. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 122.

[31] Merlin, *Quest.*, vº Succession vacante, § 1er. Grenier, I, 120. Troplong, III, 658 *ter*. Pont, nº 918.

[32] Arg., *a contrario*, art. 2146, al. 2. En vain opposerait-on l'ancienne maxime, que la mort fixe l'état des biens et des dettes d'un homme. Cette maxime, en effet, comme l'explique fort bien Lebrun (*Des successions*, liv. IV, chap. II, section 1re, nº 12) ne veut dire autre chose, si ce n'est que les créanciers simplement chirographaires du défunt ne peuvent jamais devenir créanciers

ce, quand même les créanciers héréditaires auraient fait prononcer la séparation des patrimoines [33]. Il y a mieux : les inscriptions prises sur les immeubles dépendant d'une succession bénéficiaire deviennent efficaces, lorsque l'héritier est déclaré héritier pur et simple, par suite soit de l'annulation de son acceptation sous bénéfice d'inventaire, soit de la déchéance de ce bénéfice qu'il aurait ultérieurement encourue [34].

Lorsque la succession a été acceptée purement et simplement par quelques-uns des héritiers, et sous bénéfice d'inventaire par les autres, le sort des inscriptions prises sur les immeubles héréditaires reste en suspens pendant la durée de l'indivision, de telle sorte que, si ces immeubles sont vendus en commun par les héritiers, ou sur les poursuites des créanciers, elles demeureront destituées de toute efficacité au regard de ces derniers, et que si, au contraire, ces immeubles sont partagés en nature, elles produiront leur effet quant à ceux qui tomberont aux lots des héritiers purs et simples [35].

hypothécaires de sa succession, mais seulement de son héritier. On ne saurait donc en conclure, sous l'empire de notre Droit nouveau, que la mort du débiteur arrête par elle-même le cours des inscriptions des hypothèques qu'il avait consenties. Le contraire résulte d'ailleurs de l'art. 2149, qui admet la possibilité d'inscriptions à prendre sur une personne décédée. Grenier, I, 128. Troplong, III, 660.

[33] La séparation de patrimoines empêche bien qu'un créancier, simplement chirographaire du défunt, puisse, au moyen d'une convention faite avec l'héritier, ou d'une condamnation obtenue contre lui, acquérir sur les immeubles de la succession une hypothèque opposable aux autres créanciers héréditaires ; mais c'est à cela que doit se borner son effet, d'après le but tout restreint pour lequel elle a été introduite. Elle ne saurait donc former obstacle à l'efficacité des inscriptions prises pour sûreté des hypothèques consenties par le défunt. Si l'acceptation sous bénéfice d'inventaire emporte virtuellement séparation des patrimoines, ce n'est pas un motif pour en conclure que cette séparation doive, comme l'acceptation bénéficiaire, arrêter le cours des inscriptions. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Priviléges et hypothèques, n° 1432.

[34] Pont, n° 920. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Priviléges et hypothèques, n° 1432. Caen, 16 juillet 1834, Sir., 35, 2, 559.

[35] D'après l'opinion commune, il suffirait que la succession eût été acceptée sous bénéfice d'inventaire par un seul des héritiers, pour entraîner l'application de l'art. 2146, même aux parts héréditaires afférentes à ceux des héritiers qui l'ont acceptée purement et simplement. Voy. en ce sens : Delvincourt, III, p. 355; Pont, n° 919 ; Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 1443. Mais cette opinion nous paraît aller trop loin. A notre avis, il faut admettre ici une distinction analogue à celle que nous avons établie à la note 81 du § 619, sur le point de savoir dans quelles limites l'acceptation sous bénéfice d'inventaire par l'un des héritiers opère sépa-

La disposition de l'art. 2146, relative au cas d'acceptation bénéficiaire, est, comme celle qui concerne le cas de faillite, étrangère aux inscriptions ayant simplement pour objet la conservation des intérêts d'une créance hypothécaire régulièrement inscrite dès avant l'ouverture de la succession [36].

D'un autre côté, l'acceptation bénéficiaire ne forme, pas plus que la faillite, obstacle aux inscriptions à prendre sur les immeubles dont le défunt était tiers détenteur, ni à celles à requérir, pour des dettes à lui personnelles, sur des immeubles qu'il avait aliénés [37].

Du reste, la disposition du second alinéa de l'art. 2146 s'applique, par identité absolue de raison, aux inscriptions prises sur les immeubles d'une succession vacante [38]. Mais il est bien entendu que ces inscriptions deviendraient efficaces, si la vacance venait à cesser, et que la succession fût acceptée purement et simplement.

§ 273.

De la spécialité de l'inscription, en ce qui concerne les immeubles grevés.

Conformément au principe de la spécialité des hypothèques,

ration de patrimoines, lorsque les autres ont accepté la succession purement et simplement, distinction qui a été formellement consacrée par un arrêt récent de la Cour de cassation. Civ. cass., 25 août 1858, Sir., 59, 1, 65. Cpr. Duranton, XX, 84; Rouen, 1er mars 1817, Sir., 17, 2, 173; Req. rej., 19 août 1818, Sir., 19, 1, 131. Ces deux derniers arrêts ne sont nullement contraires à notre manière de voir. Dans l'espèce sur laquelle ils ont été rendus l'un et l'autre, les immeubles héréditaires n'avaient pas été partagés en nature, mais vendus en commun, de sorte que l'on se trouvait précisément dans l'hypothèse où, d'après notre manière de voir, l'inscription devait demeurer sans effet.

[36] Paris, 14 novembre 1828, Sir., 29, 2, 14.

[37] Pont, nº 928. Cpr. texte, notes 23 et 24 *supra*.

[38] Tarrible, *Rép.*, vº Inscription hypothécaire, § 4, nº 5. Merlin, *Quest.*, vº Succession vacante, § 1er. Persil, sur l'art. 2146, nº 14. Grenier, I, 120. Battur, III, 413. Troplong, III, 659 *ter*. Duranton, XX, 83. Pont, nº 916. Flandin, *De la transcription*, II, 1183. Voy. en sens contraire : Mourlon, *De la transcription*, II, 660; Grenoble, 28 janvier 1818, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 347. Si nous admettons l'application du second alinéa de l'art. 2146, au cas de succession vacante, après en avoir rejeté l'extension au cas de cession de biens, c'est par la raison qu'il n'y a pas identité entre les deux situations, puisque le débiteur qui a fait cession de biens n'en reste pas moins personnellement obligé envers ses créanciers, qui ne sont pas réduits à se contenter du gage que leur présentent les biens cédés.

l'inscription doit contenir la désignation de chacun des immeubles grevés. (*Inscription spéciale.*) Art. 2148, n° 5, al. 1er.

Cette règle reçoit exception à l'égard des hypothèques légales établies par l'art. 2121, et des hypothèques judiciaires. Il suffit, pour ces hypothèques, que l'inscription énonce qu'elle est prise sur la généralité des immeubles présents et à venir du débiteur, ou même simplement qu'elle l'est sur tous ses biens [1]. (*Inscription générale.*) L'inscription formulée en ces termes frappe tous les immeubles que le débiteur possède ou qu'il pourra acquérir, à un titre quelconque, dans l'arrondissement du bureau où elle a lieu, sans qu'il soit nécessaire de prendre de nouvelles inscriptions à chaque acquisition faite par le débiteur [2]. Art. 2148, n° 5, al. 2 [3].

La règle de la spécialité de l'inscription subsiste dans toute sa force, en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle constituée sur des biens à venir dans le cas prévu par l'art. 2130. Ainsi, d'une part, la première inscription doit contenir une désignation spéciale des immeubles que le débiteur possédait déjà à l'époque de la constitution de l'hypothèque. D'autre part, le créancier est tenu de requérir, au fur et à mesure des acquisitions faites par le débiteur, des inscriptions supplémentaires sur chacun des immeubles nouvellement acquis, et son hypothèque ne prend date, quant à ces immeubles, que du jour des inscriptions dans lesquelles ils sont désignés [4].

[1] Pont, n° 1000.

[2] Tarrible (*Rép.*, v° Insc. hyp., § 5, n° 12) a soutenu le contraire; mais son opinion n'a pas trouvé de partisans. Voy. Merlin, *loc. cit.*; Persil, sur l'art. 2148, § 5, n° 3; Grenier, I, 193; Troplong, III, 690 et 691; Rouen, 22 mai 1818, Sir., 18, 2, 230; Civ. cass., 3 août 1819, Sir., 19, 1, 359; Metz, 23 avril 1823, Sir., 25, 2, 88. Cpr. sur le rang que confèrent les inscriptions générales, § 291.

[3] La rédaction de la disposition finale de l'art. 2148 laisse à désirer : les mots *à défaut de convention* ne peuvent, en effet, s'entendre que de la réduction volontaire de l'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs, ou des interdits, et n'expriment pas d'une manière complète la pensée de la loi.

[4] Cpr. § 266, texte n° 1, lett. *a*, notes 24 et 25; § 291. Tarrible, *op. et v° citt.*, § 5, n° 12 *in fine*, lett. *a* et note 4. Persil, sur l'art. 2130, n° 5. Grenier, 1, 62. Troplong, II, 540. Duranton, XIX, 379. Pont, n° 685; et *Revue de législation*, 1846, II, p. 327. Paris, 23 février 1835, Sir., 35, 2, 209. Poitiers, 23 février 1844, Sir., 45, 2, 212. Civ. cass., 27 avril 1846, Sir., 46, 1, 369. Grenoble, 17 février 1847, Sir., 48, 2, 55. Voy. cependant en sens contraire : Favard, *Rép.*, v° Hypoth., sect. 2, § 3, n° 10; Rolland de Villargues, *Rép.* du *Notariat*, v° Hypoth., n° 282; Angers, 14 juillet 1842, Sir., 42, 2, 469.

L'exception admise pour les hypothèques légales établies par l'art. 2121, et pour les hypothèques judiciaires, ne doit d'ailleurs être étendue, ni au privilége du Trésor public sur les biens des comptables[5], ni à l'hypothèque établie par l'art. 490 du Code de commerce sur les biens du failli[6], ni au droit de préférence attaché à la séparation des patrimoines[7].

Il existe entre les hypothèques légales exceptées de la règle de la spécialité de l'inscription et les hypothèques judiciaires cette différence, que le créancier ayant une hypothèque de la dernière espèce, peut, à son choix, prendre une inscription générale ou une inscription spéciale, tandis que les personnes chargées d'inscrire une hypothèque de la première espèce sont tenues, à moins qu'elle n'ait été valablement restreinte, de prendre une inscription générale, et ne rempliraient pas suffisamment l'obligation qui leur incombe en ne requérant qu'une inscription spéciale.

§ 274.

De la spécialité de l'inscription, en ce qui concerne la créance pour sûreté de laquelle elle est prise.

Le principe de la spécialité des hypothèques, combiné avec celui de la publicité, exige non-seulement que l'inscription contienne la désignation de chacun des immeubles grevés, mais aussi qu'elle énonce, d'une manière précise, la somme à laquelle s'élève, en principal et en accessoires, la créance pour sûreté de laquelle elle est prise[1]. Art. 2148, n° 4.

Lorsque le titre qui sert de base à l'inscription, ne précise aucune somme d'argent, soit parce que l'obligation est indéterminée[2],

[5] Cpr. § 263 *bis*., texte, n° 1, lett. *d*. Pont, n° 1001.

[6] Cpr. § 264, texte et note 15.

[7] C'est ce que l'art. 2111 indique nettement par ces mots : « les inscriptions « faites *sur chacun* de ces biens. » Voy. § 619, texte n° 4 et notes 32 à 34.

[1] Pont, n° 702.

[2] En mettant sur la même ligne les droits éventuels, conditionnels ou indéterminés, l'art. 2148, n° 4, semble exiger l'évaluation du capital, toutes les fois qu'il s'agit d'une créance ayant l'un ou l'autre de ces caractères. Mais il n'en est point ainsi en réalité. Le montant d'une créance quoique simplement éventuelle ou conditionnelle, peut se trouver fixé *a principio*, par le titre même qui l'établit, et en pareil cas il ne saurait évidemment être question d'une évaluation à faire par le créancier : c'est l'indétermination de la créance qui, seule, rend cette évaluation nécessaire. Merlin, *Rép*., v° Insc. hyp., § 5, n° 11. Pont, n° 989.

soit parce qu'elle consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose, ou enfin parce qu'elle a pour objet des prestations en nature, le créancier doit évaluer en argent le montant de sa créance. L'obligation d'énoncer le capital de la créance incombe également à l'inscrivant, lorsqu'il s'agit d'une rente en argent, et surtout d'une rente viagère [3].

L'évaluation du capital, faite dans l'inscription, limite bien l'effet de celle-ci, en ce sens que le créancier ne peut, en aucun cas, exercer son hypothèque, en vertu et à la date de cette inscription, pour une somme supérieure à celle qui s'y trouve portée [4]; mais elle n'arrête définitivement le montant de la créance, ni en faveur du créancier, ni contre lui. Il en résulte, d'une part, que les tiers créanciers ou acquéreurs sont toujours admis à contester l'évaluation faite par l'inscrivant, et que le débiteur lui-même peut en demander la réduction, si elle est excessive. Il en résulte, d'autre part, qu'en cas d'insuffisance de l'évaluation, le créancier

[3] L'art. 2148 exige l'évaluation du capital des rentes, sans distinguer entre les rentes en argent et celles en nature, ni entre les rentes perpétuelles et les viagères. Et de fait, il importe que l'inscription prise pour sûreté d'une rente, de quelque nature qu'elle soit, fixe les tiers sur le capital de la rente ou sur celui qui sera nécessaire pour en assurer le service, sans qu'ils aient à se livrer, à leurs risques et périls, à une estimation quelconque. Voy. cependant Persil, sur l'art. 2148. § 4, nº 4; Pont, nº 990. Ces auteurs pensent que, relativement aux rentes en argent, le vœu de la loi serait suffisamment rempli, si l'inscription contenait, avec l'indication du montant des arrérages, celle du taux auquel la rente a été constituée. Cette double indication pourrait, à la rigueur, être considérée, pour les rentes perpétuelles, comme équipollente à une évaluation de la créance, dont le capital se déterminerait d'une manière certaine au moyen d'une simple opération de multiplication. Mais il en est autrement en ce qui concerne les rentes viagères, dont la valeur capitale ne saurait se déterminer par une opération de ce genre. Dans ce cas, l'évaluation à faire par le créancier devra porter sur le capital estimé nécessaire pour assurer le service de la rente pendant toute la vie de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée. Cpr. Req. rej., 5 novembre 1862, Sir., 63, 1, 261.

[4] Tarrible, *Rép.*, vº Insc. hyp., § 5, nº 11. Troplong, III, 683. Pont, nº 990. Liége, 24 août 1809, Sir, 10, 2, 372. Voy. en sens contraire : Orléans, 9 avril 1829, Sir., 29, 2, 204. Cet arrêt, qui a décidé que le créancier d'une rente en grains était en droit de réclamer collocation pour un capital déterminé d'après les bases indiquées par la loi des 18-29 décembre 1790, tit. III, art. 7, bien que ce capital fût de beaucoup supérieur à l'évaluation contenue dans l'inscription, a méconnu l'objet de l'évaluation exigée par le nº 4 de l'art. 2148, ainsi que les principes essentiels de notre régime hypothécaire.

serait autorisé à prendre une inscription complémentaire, mais dont l'effet ne remonterait pas au delà de sa date[5].

La loi dispense de la nécessité de l'évaluation dont il s'agit, les inscriptions relatives aux hypothèques légales établies par l'art. 2121. Art. 2153, n° 3[6]. Mais cette faveur ne doit être étendue, ni aux hypothèques judiciaires[7], ni au privilége du vendeur, en tant

[5] Voy. sur ces deux propositions, les auteurs cités à la note précédente.

[6] Voy. pour l'explication détaillée de cet article: § 275.

[7] Tarrible, *op.*, *v°* *et loc. citt.* Grenier, I, 83. Battur, III, 112. Pont, n° 989. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Priv. et Hyp., n° 1567. La doctrine contraire, professée par MM. Troplong (III, 684) et Duranton (XX, 117), a été consacrée par la jurisprudence. Voy. Paris, 16 mars 1822, Sir., 22, 2, 381; Req. rej., 4 août 1825, Sir., 26, 1, 122; Rouen, 19 février 1828, Sir., 28, 2, 171; Limoges, 5 décembre 1839, Sir., 40, 2, 245; Rouen, 8 février 1851, Sir., 51, 2, 715. Malgré l'autorité si grave d'une jurisprudence uniforme, nous n'hésitons pas à reproduire l'opinion que nous avions émise sur la question dans nos premières éditions. Il serait difficile de contester que l'évaluation dans l'inscription, du montant des créances indéterminées, soit un élément nécessaire à la réalisation complète du double principe de la publicité et de la spécialité des hypothèques; et cela étant, on doit en conclure que le législateur a exigé cette évaluation, non comme une formalité spéciale aux hypothéques conventionnelles, mais à titre de règle générale, applicable aux hypothéques judiciaires, par cela même qu'elles n'en ont pas été formellement dispensées. Cette conclusion se justifie par la circonstance que c'est dans l'art. 2148, qui a pour objet de régler la forme commune de l'inscription, que la loi prescrit l'évaluation des créances indéterminées. Elle se corrobore par la considération que la disposition finale du n° 3 de l'art. 2153 eût été complétement inutile et resterait inexplicable, si, comme on le prétend, le n° 4 de l'art. 2148 avait été rédigé dans une pensée restrictive. L'on comprend parfaitement que la nature particulière des hypothèques légales établies par l'art. 2121, et la faveur qui s'y attache, aient porté le législateur à dispenser les inscriptions relatives à ces hypothèques, de la formalité de l'évaluation qu'il venait de prescrire, d'une manière générale, pour l'inscription des créances indéterminées; tout s'explique et se coordonne ainsi dans notre système. Mais les mêmes raisons ne militaient point en faveur des hypothèques judiciaires, et l'on ne pourrait justifier, au point de vue législatif, l'extension à ces hypothèques de la dispense établie en faveur de ces hypothèques légales. Ajoutons que la doctrine que nous combattons, conduirait forcément à décider que l'évaluation des créances indéterminées n'est jamais requise pour l'inscription des priviléges, ce qui laisserait dans la loi une lacune regrettable, ou supposerait une incohérence choquante dans ses dispositions. Quant à l'argument que l'on tire, contre notre opinion, des termes du n° 4 de l'art. 2148, *dans les cas où cette évaluation est ordonnée*, il nous touche d'autant moins que, si les rédacteurs du Code avaient entendu rappeler la disposition de l'art. 2132, et restreindre la formalité de l'évaluation aux seules hypothèques conventionnelles, ils se seraient exprimés non au pluriel mais au singulier, en disant *dans le cas* où cette évaluation est ordonnée. L'emploi du pluriel autorise à dire que dans leur pen-

que le prix de vente consisterait en une rente en grains, ni au privilége des copartageants pour la garantie des lots, ni enfin au droit de préférence compétant aux créanciers qui demandent la séparation des patrimoines, et dont les créances seraient indéterminées.

Pour assurer aux accessoires de la créance le même rang qu'au capital, l'inscription doit en indiquer le montant, ou en donner l'évaluation. C'est ce qui a lieu pour les intérêts ou arrérages échus, pour les dommages-intérêts, et pour les frais formant des accessoires de la créance, tels que le coût des inscriptions hypothécaires, les droits avancés par le créancier pour l'obtention ou l'enregistrement de son titre, et les dépens à lui dus par suite de contestations relatives à la validité ou à l'exécution de ce titre [8]. Le créancier qui aurait négligé d'indiquer le montant, ou de donner l'évaluation des accessoires dont il vient d'être parlé, ne pourrait, en ce qui les concerne, réclamer le bénéfice de son hypothèque, à moins qu'il n'eût réparé cette omission au moyen d'une inscription supplémentaire, dont l'effet toutefois ne remonterait pas au delà de sa date.

Quant aux intérêts ou arrérages à écheoir, l'inscription prise pour le capital, avec indication du taux des intérêts ou du montant de la rente, les conserve de plein droit au rang du capital même, mais seulement pour deux années et l'année courante. Ce rang ne pourrait, par aucun moyen, leur être assuré pour un temps plus long, sauf au créancier à prendre, pour les intérêts ou arrérages devenus successivement exigibles, des inscriptions particulières ayant effet à partir de leurs dates respectives. Art. 2151 [9].

§ 275.

Des conditions à remplir par celui qui requiert l'inscription, et de la manière dont elle s'opère.

Celui qui requiert une inscription, doit représenter au conserva-

sée, l'évaluation était exigée comme formalité ordinaire pour l'inscription des créances indéterminées, et que la formule dont ils se sont servis n'est autre chose qu'une réserve faisant allusion à la disposition exceptionnelle du dernier numéro de l'art. 2153.

[8] Il n'y a pas lieu de mentionner dans l'inscription le montant éventuel des frais que pourront occasionner la réalisation du gage et la procédure d'ordre: le sort de ces frais est réglé par des dispositions spéciales. Cpr. Code de proc., art. 713, 714, 759, 766, 774. Cpr. aussi art. 2181, 2104 et 2107. Pont, nº 991.

[9] Voy. pour l'explication de cet article, § 285.

teur des hypothèques l'original[1] ou une expédition authentique de l'acte ou du jugement qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque qu'il s'agit d'inscrire. Cette condition n'est cependant pas exigée pour l'inscription des hypothèques légales établies par l'art. 2121[2].

A défaut de représentation du titre, le conservateur peut bien refuser de déférer à la réquisition qui lui est adressée; mais l'omission de cette formalité n'entraînerait pas la nullité de l'inscription qu'il aurait consenti à opérer[3].

A l'acte d'où résulte le privilége ou l'hypothèque, le requérant doit joindre deux bordereaux, dont l'un peut être porté sur cet acte. Art. 2148, al. 2. Lorsque le débiteur a, par un même acte, constitué hypothèque sur les mêmes immeubles au profit de plusieurs créanciers, ceux-ci peuvent, bien que leurs créances soient distinctes, requérir inscription au moyen d'un bordereau collectif rédigé en double[4]. La remise de bordereaux n'est, pas plus que la représentation du titre, exigée à peine de nullité, et l'inscription que le conservateur aurait dressée lui-même sans cette remise préalable, ne pourrait être critiquée par ce motif[5].

[1] Les termes de l'art. 2148, *original en brevet*, ne s'appliquent rigoureusement qu'aux actes notariés reçus en brevet; mais il est évident que lorsqu'il s'agit du privilége résultant d'un acte de vente ou de partage sous seing privé, le conservateur des hypothèques est tenu d'opérer l'inscription sur la présentation de cet acte. C'est par ce motif que, dans le texte, nous disons simplement l'original de l'acte, sans reproduire les mots *en brevet*. Pont, n° 943. — Quant aux créanciers d'une succession qui requièrent inscription pour la conservation du droit de préférence attaché à la séparation des patrimoines, il leur suffit de présenter leurs titres de créance, que ces titres soient authentiques ou sous seing privé, et même, si ce sont des ouvriers ou fournisseurs, d'accompagner leur réquisition de mémoires ou de factures. Pont, n° 944. Cpr. cep. Duranton, XX, 99.

[2] L'art. 2153, relatif à l'inscription de ces hypothèques, n'exige que la remise de bordereaux, et ne parle pas de la représentation du titre, qui est dans la loi même et se rattache à des faits réputés notoires. Grenier, I, 84. Pont, n° 939.

[3] L'omission de cette formalité, exigée principalement dans l'intérêt du conservateur des hypothèques, peut d'autant moins entraîner la nullité de l'inscription, que la loi n'a prescrit aucune mention pour constater la représentation du titre. Tarrible, *Rép.*, v° Insc. hyp., § 5, n° 6. Persil, sur l'art. 2148, n° 4. Troplong, I, 677. Pont, n° 940. Riom, 6 mai 1809, Sir., 10, 2, 39. Civ. cass., 18 juin 1823, Sir., 23, 1, 337. Req. rej., 19 juin 1833, Sir., 33, 1, 641.

[4] Pont, n^os^ 952 et suiv. Civ. rej., 17 décembre 1845, Sir., 46, 1, 185. Voy. en sens contraire : Baudot, I, 356; Mourlon, *Revue pratique*, I, p. 96.

[5] La production de bordereaux n'est exigée que dans l'intérêt respectif du créancier et du conservateur des hypothèques. Delvincourt, III, p. 334. Pont, n° 949. Cpr. § 270, texte *in fine* et note 18.

Les bordereaux doivent contenir les mentions et énonciations constitutives de l'inscription même, telles qu'elles seront indiquées au paragraphe suivant.

Le conservateur des hypothèques, régulièrement requis de procéder à une inscription, est tenu de faire tout aussitôt mention, sur son registre d'ordre, de la réception des pièces qui lui ont été remises. Art. 2200[6]. Il doit ensuite opérer l'inscription à la date et dans l'ordre de la remise des pièces, en reportant sur le registre à ce destiné le contenu au bordereau, et rendre au requérant, avec le titre ou l'expédition du titre, l'un des bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription. Art. 2150. Il n'est, du reste, obligé à se livrer à aucun travail de vérification ou de rectification des bordereaux; sa responsabilité est complétement à couvert, lorsqu'il a fidèlement reproduit dans l'inscription le contenu des bordereaux, et surtout quand il les a littéralement transcrits.

Les frais de l'inscription sont, sauf stipulation contraire, à la charge du débiteur[7]. L'avance en est cependant faite par le requérant, à moins qu'il ne s'agisse de l'inscription des hypothèques légales établies par l'art. 2121, auquel cas le conservateur ne peut en exiger l'avance, et n'a de recours que contre le débiteur. Art. 2155.

§ 276.

Des éléments constitutifs de l'inscription. — Des conséquences de l'omission ou de l'irrégularité des mentions et énonciations requises.

1° L'inscription doit, en général, contenir les éléments suivants:

a. Les nom, prénoms, domicile du créancier, sa profession, s'il en a une, et l'élection d'un domicile pour lui dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau[1]. L'élection de domicile est

[6] Voy. pour l'explication de cet article: § 268, texte et note 10.

[7] Le tuteur peut cependant porter en dépense les frais d'inscription de l'hypothèque légale de son pupille. Persil, sur l'art. 2153, n° 4. Taulier, VII, 355. Martou, III, 1175. Voy. en sens contraire: Troplong, III, 730 *bis*; Pont, n° 1065.

[1] Cette élection de domicile est uniquement relative aux significations ou notifications qu'il y aurait lieu de faire aux créanciers inscrits ou à leurs ayants-droit, au sujet de leurs inscriptions mêmes, ou pour les mettre en demeure de faire valoir leurs droits hypothécaires. Cpr. art. 2156, 2183, et Code de proc., art. 692 et 753. — Elle ne s'applique point à la signification d'offres réelles qu'un créancier postérieur en rang ferait à un créancier antérieur, dans le but d'obtenir la subrogation à ses droits et actions. Civ. rej., 5 décembre 1854, Sir., 54, 1, 282.

requise alors même que le créancier a son domicile général dans cet arrondissement[2]. Art. 2148, n° 1. Il est loisible au créancier, ainsi qu'à ses représentants, ou cessionnaires par acte authentique[3], de changer, sur le registre des inscriptions, le domicile par lui élu, à la charge d'en choisir un autre dans le même arrondissement. Art. 2152.

b. Les nom, prénoms, domicile du débiteur, et sa profession, s'il en a une connue, ou une désignation individuelle et spéciale telle, que le conservateur puisse reconnaître et distinguer, dans tous les cas, l'individu sur lequel l'inscription est prise. Art. 2148, n° 2.

c. La date et la nature du titre qui a donné naissance au privilége ou à l'hypothèque formant l'objet de l'inscription[4]. Lorsque ce titre a été suivi d'un acte de reconnaissance, qui en a interrompu la prescription, il n'est pas indispensable que l'inscription relate également cet acte[5]. Art. 2148, n° 3.

d. L'indication du montant de la dette avec ses accessoires, et celle de l'époque de son exigibilité[6]. Lorsque le montant du capital de la dette n'est pas exprimé dans le titre, il doit être indiqué dans l'inscription sous la forme d'une évaluation faite par le créancier. Il en est de même quant aux accessoires éventuels ou indéterminés. Art. 2148, n° 4[7].

e. Enfin, l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur

[2] *Lex non distinguit.* Cpr. art. 2156. Persil, sur l'art. 2148, n° 9. Pont, n° 966. Cpr. note 19 *infra.*

[3] Si la cession de la créance inscrite n'était constatée que par un acte sous seing privé, le conservateur ne devrait mentionner le changement du domicile élu qu'avec le concours du créancier lui-même.

[4] Cpr. Bordeaux, 6 mai 1848, Sir., 49, 2, 649. — Lorsque l'inscription est prise par le cessionnaire de la créance, elle doit toujours mentionner l'acte constitutif du privilége ou de l'hypothèque, sans qu'il soit nécessaire qu'elle relate également l'acte de cession. Req. rej., 4 avril 1810, Sir., 10, 1, 218. Civ. cass., 7 octobre 1812, Sir., 13, 1, 111. Paris, 3 juillet 1815, Sir., 16, 2, 1. Civ. cass., 25 mars 1816, Sir., 16, 1, 233. Req. rej., 11 août 1819, Sir., 19, 1, 450.

[5] Req. rej., 30 mai 1843, Sir., 43, 1, 476.

[6] L'exigibilité est suffisamment indiquée, lorsque l'inscription porte que la créance est exigible. Req. rej., 1er février 1825, Sir., 25, 1, 287. Req. rej., 26 juillet 1825, Sir., 26, 1, 92. A plus forte raison n'est-il pas nécessaire, quand l'inscription est prise pour une créance *actuellement* exigible, de déclarer à quelle époque l'exigibilité a commencé. Nîmes, 23 décembre 1810, Sir., 11, 2, 73. Req. rej., 9 juillet 1811, Sir., 11, 1, 320. Req. rej., 23 juillet 1812, Sir., 13, 1, 257.

[7] Voy. sur la nécessité et les effets de l'évaluation des créances indéterminées et de celle des accessoires éventuels: § 274.

lesquels le créancier entend conserver son privilége ou son hypothèque. Art. 2148, n° 5[8].

Lorsque l'inscription a pour objet l'hypothèque légale de l'État, d'une commune ou d'un établissement public, d'un mineur, d'un interdit, ou d'une femme mariée, il suffit qu'elle contienne, avec les énonciations mentionnées aux deux premiers numéros de l'art. 2148, l'indication de la nature des droits ou des créances à conserver, et du montant des droits qui se trouveraient déjà déterminés. Art. 2153 cbn. art. 2148, n° 5, al. 2[9].

Les droits et reprises d'une femme mariée sont à considérer comme indéterminés dans le sens de l'art. 2153, tant qu'ils n'ont pas été réglés au moyen d'une liquidation faite après la dissolution du mariage, ou à la suite d'une séparation de biens judiciaire. Jusque-là il n'est donc pas nécessaire d'indiquer dans l'inscription le montant des récompenses ou indemnités qui peuvent être dues à la femme, à raison d'actes ou de faits déjà consommés, ni même le montant de ses apports ou des biens qui lui seraient échus pendant le mariage[10].

2° Le Code Napoléon n'ayant pas expressément déterminé l'influence que l'omission ou l'irrégularité de l'une ou l'autre des mentions et indications exigées par les art. 2148 et 2153 exerce sur le sort des inscriptions hypothécaires, l'on doit, pour la solution des questions que soulève le silence de la loi à ce sujet, s'en tenir à la théorie des nullités virtuelles, telle qu'elle a été exposée au § 37.

L'application de cette théorie aux inscriptions hypothécaires conduit à distinguer, parmi les mentions et énonciations requises par les art. 2148 et 2153, celles dont l'insertion est indispensable à la complète réalisation du double principe de la spécialité et de la publicité des hypothèques, et que par ce motif on peut appeler *substantielles*, de celles qui, au point de vue de ce double principe, n'ont qu'un objet accessoire ou secondaire, et que l'on nomme *réglementaires*.

L'omission de toute mention ou énonciation substantielle entraîne la nullité de l'inscription où elle se rencontre, sans que le

[8] Voy. sur la distinction entre les inscriptions générales et les inscriptions spéciales : § 273. Cpr. sur le mode de désignation des biens soumis à une hypothèque spéciale : § 266, n° 3, et notes 53 à 57.

[9] Voy. §§ 273 et 274.

[10] Pont, n° 997. Rouen, 13 juin 1850, Dalloz, 1850, 2, 120.

juge puisse se dispenser de prononcer cette nullité, par le motif que l'omission dont il s'agit n'aurait, en fait, causé aucun préjudice aux tiers qui s'en prévalent.

Au contraire, l'omission d'une mention ou énonciation simplement réglementaire n'est pas une cause de nullité de l'inscription, et n'a d'autre effet que d'exposer le créancier à perdre certains avantages que l'inscription lui eût assurés, si elle avait été complétement régulière [11].

[11] Cpr. § 37, texte et notes 8 à 10. Deux autres opinions se sont formées sur les conséquences de l'omission ou de la défectuosité de telle ou telle des énonciations exigées par les art. 2148 et 2153. D'après la première, l'omission, ou même la simple défectuosité de chacune de ces énonciations, entraînerait nécessairement la nullité de l'inscription. Ce système, que la Cour de cassation avait suivi dans les premières années de la promulgation du Code, comme sous l'empire de la loi de brumaire an VII, a été, avec raison, abandonné par elle dès 1809, et ne compte plus aujourd'hui de partisans. Voy. Merlin, *Rép.*, v° Insc. hyp., § 5, n° 8. Un second système tend à transformer la question qui nous occupe en une simple question de fait, et peut se résumer dans cette formule : la validité ou la nullité de l'inscription dépend du point de savoir si l'omission reprochée a, oui ou non, lésé un intérêt que la publicité devait éclairer. Ce système, fondé sur l'ancienne maxime *Point de nullités sans griefs*, et qui a pour défenseurs MM. Troplong (III, 665, et Sir., 35, 2, 129) et Pont (n° 959), a été consacré en Belgique par la loi du 16 décembre 1851, art. 85. Voy. Martou, III, 1103 et 1110. Mais, en l'absence de toute disposition semblable, il ne saurait être admis dans notre Droit, puisqu'il méconnaît l'objet des art. 2148 et 2153, et qu'il aurait pour résultat final d'enlever toute signification à leurs dispositions. La forme même de ces articles, et l'énumération détaillée des mentions ou énonciations requises indiquent nettement que le législateur a jugé nécessaire de déterminer lui-même, et en dehors de toute appréciation judiciaire des faits de la cause, les éléments que l'inscription doit contenir pour réaliser les principes fondamentaux de la spécialité et de la publicité, tels qu'il les comprenait et qu'il entendait les organiser. Cette pensée législative, dont il serait difficile de contester la réalité, trace à la doctrine et à la jurisprudence la voie à suivre pour l'application des art. 2148 et 2153, et circonscrit le cercle dans lequel l'interprétation peut se mouvoir. Tout ce qu'en présence de cette pensée il est permis de faire, c'est précisément de se rattacher à la distinction des énonciations substantielles et des énonciations simplement réglementaires, pour maintenir les inscriptions hypothécaires dont les omissions ne porteraient que sur des mentions de la dernière espèce. Aller au delà et prétendre tout réduire à l'existence d'un préjudice causé, c'est se mettre en opposition ouverte avec l'esprit de la loi. Aussi les auteurs que nous combattons n'appliquent-ils pas franchement le principe tel qu'ils le posent, et se trouvent-ils, comme par la force des choses, amenés à le combiner avec la distinction des énonciations substantielles et des mentions simplement réglementaires. Or rien n'est plus inconséquent que cette combinaison, puisque la donnée de formalités substantielles emporte, comme conséquence virtuelle, la nullité de droit des actes dans

On doit, d'après l'esprit de la loi, qui veut que l'inscription fournisse aux tiers, par elle-même, et sans qu'ils aient à se livrer à d'autres investigations, les éléments nécessaires pour les éclairer sur la position hypothécaire du débiteur, considérer comme substantielles, et par suite comme entraînant par leur omission la nullité de l'inscription, les énonciations suivantes :

a. Une désignation assez complète ou précise du débiteur hypothécaire, pour qu'il soit impossible de le confondre avec toute autre personne [12].

b. La mention de la date, et une indication suffisante de la nature du titre en vertu duquel l'inscription est prise [13].

lesquels ces formalités n'ont pas été observées; et en suivant avec quelque attention les développements de ce système mixte, on est amené à se demander si les auteurs qui le défendent, estiment véritablement qu'une inscription hypothécaire incomplète ou irrégulière ne doit être annulée qu'autant qu'il est certain, en fait, que l'omission a causé un préjudice au demandeur, ou si, au contraire, ils entendent que l'omission ou la défectuosité de l'une ou l'autre des énonciations requises par la loi entraîne la nullité de l'inscription, toutes les fois et par cela seul qu'étant de nature à induire les tiers en erreur, elle contenait le germe ou la possibilité d'un préjudice pour eux. La théorie que nous avons exposée au texte nous paraît préférable, et parce qu'elle respecte la pensée du législateur, et parce qu'elle s'appuie sur les principes généraux en matière de nullités. Elle se trouve du reste consacrée par une jurisprudence nettement établie de la Cour de cassation, dont nous n'admettons cependant pas indistinctement toutes les solutions de détail. Voy. les arrêts cités aux notes suivantes. Cpr. en sens divers : Persil, sur l'art. 2148; Delvincourt, III, p. 342 à 349; Toullier, VII, 507 à 518; Grenier, I, 70 et suiv.; Duranton, XX, 104 et suiv.; Taulier, p. 336 et suiv.

[12] Cette proposition en elle-même est incontestable; et la seule question sur laquelle la rédaction un peu équivoque du nº 2 de l'art. 2148 puisse laisser quelque doute, est de savoir si la désignation individuelle et spéciale dont parle cet article, est non-seulement susceptible de suppléer au défaut d'indication de la profession du débiteur, mais peut encore équivaloir à la mention de son nom, de ses prénoms, ou de son domicile. L'affirmative, que justifie complétement la rédaction plus précise du nº 2 de l'art. 2153, est aujourd'hui généralement admise. Cpr. tant sur cette question, que sur la proposition émise au texte : Merlin, *Rép.*, vº Insc. hyp., § 5, nos 8 et 9; Troplong, III, 680; Pont, nos 977 et 978; Civ. rej., 2 mars 1812, Sir., 12, 1, 257; Req. rej., 8 juillet 1840, Sir., 40, 1, 990; Civ. rej., 13 juillet 1841, Sir., 41, 1, 731; Caen, 24 février 1846, Sir., 47, 2, 478.

[13] Il est en premier lieu hors de doute que le défaut d'indication portant tout à la fois sur la date et sur la nature du titre doit entraîner la nullité de l'inscription, qui ne fournirait en pareil cas aux tiers intéressés aucun moyen d'apprécier immédiatement, ni même de vérifier l'existence et la légitimité du prétendu droit hypothécaire. Aussi ce premier point paraît-il admis par une jurisprudence à peu près uniforme. Voy. en ce sens : Merlin, *op. et* vº *citt.*, § 5,

c. L'indication du montant de la créance hypothécaire[14], ou l'évaluation de cette créance dans les cas où elle est requise[15].

d. L'époque de l'exigibilité de la créance[16].

e. Enfin, quand il s'agit d'inscriptions spéciales, une désigna-

n° 10, et v° Hypothèque, sect. II, § 2, art. 10; Persil, sur l'art. 2148, § 3, n°s 1 et 2; Grenier, I, 77; Duranton, XX, 112 et suiv.; Req. rej., 1er mai 1860, Sir., 61, 1, 267, et les arrêts cités à l'occasion du second point qui va être examiné. Voy. en sens contraire: Toullier, VII, 510; Troplong, III, 682; Taulier, VII, p. 340; Pont, n° 984; Bordeaux, 14 juillet 1837, Sir., 37, 2, 222. Nous croyons en second lieu que l'omission, soit seulement de la date, soit seulement de la nature du titre, suffirait pour entraîner la nullité de l'inscription. Voy. en ce sens, quant à la date du titre: Civ. cass., 22 avril 1807, Sir., 7, 1, 233; Civ. rej., 7 septembre 1807, Sir., 8, 1, 92; Civ. rej., 4 avril 1810, Sir., 10, 1, 218; Civ. cass., 7 octobre 1812, Sir., 13, 1, 111; Civ. cass., 19 juin 1833, Sir., 33, 1, 641. Voy. en sens contraire: Toulouse, 27 mai 1830, Sir., 31, 2, 50. Voy. quant à la nature du titre: Req. rej., 11 mars 1816, Sir., 16, 1, 407; Douai, 7 janvier 1819, Sir., 20, 2, 99; Toulouse, 23 mai 1820, Sir., 20, 2, 292; Req. rej., 1er février 1825, Sir., 25, 1, 287; Req. rej., 26 juillet 1825, Sir., 26, 1, 92. Tous ces arrêts admettent implicitement la solution que nous avons donnée; seulement considèrent-ils comme suffisante, en ce qui concerne les hypothèques conventionnelles, la mention que l'inscription est prise pour sûreté d'une créance résultant d'un acte reçu par tel notaire, sans exiger l'énonciation de la cause spéciale qui a donné naissance à la créance. En l'absence de toute définition légale de ce qu'on doit entendre par *nature du titre*, nous sommes d'autant plus portés à donner notre adhésion à ce tempérament, que les tiers trouveront dans l'indication de l'exigibilité de la créance les renseignements qui, sous le rapport de la nature du titre, peuvent leur être réellement utiles, quand il s'agit d'une hypothèque conventionnelle. Mais il n'en serait plus de même en matière de priviléges, et dans ce cas l'énonciation de la cause spéciale de la créance nous paraîtrait indispensable.

[14] Cpr. Civ. cass., 11 novembre 1811, Sir., 12, 1, 132.

[15] Voy. § 274. Pau, 16 juin 1832, Sir., 32, 2, 571. Riom, 18 janvier 1844, Sir., 44, 2, 166. Cpr. Civ. cass., 12 janvier 1835, Sir., 35, 1, 11.

[16] Arg. loi du 4 septembre 1807. Merlin, *Rép.*, v° Insc. hyp., § 5, n° 11. Grenier, I, 79. Duranton, XX, 126. Baudot, n° 285. Liége, 24 août 1809, Sir., 10, 2, 372. Civ. rej., 15 janvier 1817, Sir., 17, 1, 148. Req. rej., 9 août 1832, Sir., 32, 1, 481. Nîmes, 28 novembre 1832 et 9 janvier 1833, Sir., 33, 2, 198. Poitiers, 19 mars 1835, Sir., 35, 2, 239. Civ. cass., 28 mars 1838, Sir., 38, 1, 417. Civ. cass., 19 août 1840, Sir., 40, 1, 686. Limoges, 8 mars 1844, Sir., 46, 2, 30. Req. rej., 15 novembre 1852, Sir., 53, 1, 793. Civ. cass., 30 juin 1863, Sir., 63, 1, 441. Voy. en sens contraire: Troplong, III, 685. Pour écarter l'argument que nous tirons de la loi du 4 septembre 1807, le savant magistrat dit que cette loi ne s'est en aucune manière préoccupée de l'avenir, et que, rendue dans le seul but de tempérer l'excessive rigueur d'une jurisprudence qui ne s'est pas maintenue, elle ne fournit plus aujourd'hui de solide raison de décider. M. Pont (n° 993) ne partage pas cette appréciation et déclare adopter, mais à regret, la solution donnée au texte.

tion de la nature et de la situation des immeubles grevés assez précise pour qu'on ne puisse les confondre avec d'autres immeubles[17].

Au contraire, on ne doit considérer comme substantielles, ni l'indication exacte des nom, prénoms, profession et domicile du créancier[18], ni la mention d'une élection de domicile par lui faite dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau[19]. L'omis-

[17] Ce point n'est pas contesté et ne saurait l'être en principe; mais on est divisé d'opinion sur les éléments que la désignation des immeubles hypothéqués doit comprendre pour remplir le vœu de la loi. Cpr. à cet égard: § 266, texte nº 3, notes 53 à 56. — M. Pont (nºs 1004 et 1005) fait remarquer que la rédaction du nº 5 de l'art. 2148, comparée à celle de l'art. 2129, permet de se montrer moins exigeant pour l'indication des immeubles grevés dans l'inscription, que pour leur désignation dans l'acte constitutif de l'hypothèque, et qu'une désignation collective, insuffisante sous le rapport de la constitution hypothécaire, peut, dans telles circonstances données, être tenue pour suffisante, sous le rapport de la publicité, quand il ne s'agit plus que de la validité de l'inscription. Mais cette observation ne nous paraît pas concluante. Il est évident, en effet, que le nº 5 de l'art. 2148 se réfère à l'art. 2129, et doit être entendu dans le même sens que ce dernier.

[18] Merlin, *Quest.*, vº Inscription hypothécaire, § 4. Toullier, VII, 510. Troplong, III, 629. Taulier, VII, p. 339. Pont, nº 669. Civ. rej., 15 mai 1809, Sir., 10, 1, 22. Req. rej., 15 février 1810, Sir., 10, 1, 179. Civ. cass., 1er octobre 1810, Sir., 10, 1, 383. Civ. rej., 17 mars 1813, Sir., 13, 1, 364. Civ. rej., 26 juillet 1825, Sir., 26, 1, 92. Cpr. cep. Persil, sur l'art. 2148, § 1; Duranton, XX, 107; Solon, *Des nullités*, I, 362; Req. rej., 6 juin 1810, Sir., 10, 1, 290.

[19] En effet, l'élection de domicile que le créancier doit faire, n'a de rapport direct, ni avec la spécialité, ni avec la publicité des hypothèques, et ne concourt en aucune manière à la réalisation de ce double principe. Cette formalité n'a d'autre objet que de faciliter aux tiers acquéreurs ou créanciers les notifications ou significations qu'ils peuvent avoir à faire au sujet de l'inscription ou des immeubles grevés, et la seule sanction qui doive s'attacher à l'omission de l'élection de domicile, eu égard à son but, est de priver le créancier du droit d'exiger, et d'attendre pour agir, les notifications ou significations dont s'agit. Merlin, *Rép.*, vº Inscription hypothécaire, § 5, nº 8; et *Quest.*, eod. vº, § 4. Delvincourt, III, p. 345. Grenier, I, 97. Battur, III, 433. Troplong, III, 679. Pont, nº 970. Baudot, I, 240. Metz, 2 juillet 1812, Sir., 12, 2, 388. Grenoble, 10 juillet 1823, Sir., 24, 2, 79. Riom, 7 mars 1825, Sir., 28, 2, 71. Paris, 8 août 1832, Sir., 33, 2, 95. Limoges, 10 décembre 1845, Sir., 47, 2, 197. Agen, 4 janvier 1854, Sir., 54, 2, 350. Alger, 21 novembre 1856, Sir., 57, 2, 302. Orléans, 4 juin 1860, et Agen, 7 février 1861, Sir., 61, 2, 449 et 450. Alger, 8 janvier 1863, Sir., 63, 2, 28. Cependant la Cour de cassation, dont la doctrine a été suivie par Persil (sur l'art. 2148, § 1, nº 7), Duranton (XX, 107) et Solon (*op. et loc. citt.*), et par plusieurs Cours impériales (Douai, 7 janvier 1819, Sir., 20, 2, 99; Orléans, 1er décembre 1836, Sir., 37, 2, 89; Nîmes, 10 dé-

sion ou la défectuosité de ces énonciations n'entraîne pas la nullité de l'inscription ; et n'a d'autre effet que d'exposer le créancier à ne pas recevoir les notifications qui, au cas de purge, de saisie immobilière, et d'ouverture d'ordre, doivent être faites aux créanciers régulièrement inscrits, et à perdre ainsi ses droits sur le gage hypothécaire, par le fait de la réalisation de ce gage opérée à son insu.

Les erreurs ou défectuosités qui se rencontreraient dans des mentions ou indications même exigées à peine de nullité, n'entraînent la nullité de l'inscription qu'autant qu'elles équivalent à l'omission même de la formalité, ou, en d'autres termes, qu'elles sont assez graves pour que l'inscription ne satisfasse plus au vœu de la loi[20]. En dehors de cette hypothèse, les erreurs ou irrégularités existant dans une inscription hypothécaire pourraient bien faire encourir certains désavantages au créancier, mais ne motiveraient plus l'annulation de l'inscription. C'est ainsi que l'erreur commise par le créancier dans l'indication du montant, ou dans l'évaluation de sa créance, est sans conséquence pour lui lorsqu'il a dépassé la mesure ou la valeur réelle de ses droits, et que, s'il est resté au-dessous de cette valeur, son erreur n'a d'autre effet

cembre 1849, Sir., 50, 2, 77 ; Paris, 8 juillet 1852, Sir., 53, 2, 144) a, par une jurisprudence demeurée invariable jusqu'en 1863, décidé que l'élection de domicile constituait une formalité substantielle, et que son omission devait entraîner la nullité de l'inscription, au cas même où le créancier, domicilié dans l'arrondissement du bureau des hypothèques, aurait indiqué ce domicile dans l'inscription. Voy. Req. rej., 2 mai 1816, Sir., 16, 1, 245 ; Civ. cass., 27 août 1828, Sir., 35, 1, 5 à la note ; Civ. cass., 6 janvier 1835, Sir., 35, 1, 5 ; Civ. cass., 26 juillet 1836, Sir., 36, 1, 556 ; Civ. cass., 11 décembre 1843, Sir., 44, 1, 46 ; Civ. cass., 26 juillet 1858, Sir., 58, 1, 812. Depuis, et par arrêt de rejet rendu, chambres réunies, le 14 janvier 1863 (Sir., 63, 1, 73), la Cour régulatrice a jugé que la mention du domicile réel du créancier dans l'arrondissement du bureau des hypothèques, contenait virtuellement élection de domicile au lieu même où se trouve indiqué le domicile réel, et attribuait à ce dernier tous les effets d'un domicile élu. Cette décision, qui crée une sorte de présomption légale d'élection de domicile, alors que, d'après son objet et ses effets, la constitution d'un domicile élu semble exiger un acte spécial et exprès de volonté, nous paraît pour le moins contestable, et nous ne croyons devoir l'adopter qu'en tant qu'elle serait l'indice et le point de départ d'un retour sur la jurisprudence antérieure.

[20] Voy. quant aux erreurs portant sur la date ou sur la nature du titre : Metz, 12 juillet 1811, Sir., 12, 2, 62 ; Civ. rej., 17 août 1813, Sir., 14, 1, 226 ; Req. rej., 9 novembre 1815, Sir., 16, 1, 151 ; Req. rej., 1er février 1825, Sir., 25, 1, 287 ; Req. rej., 26 juillet 1825, Sir., 26, 1, 92.

que de restreindre l'exercice de l'hypothèque à la somme portée dans l'inscription[21]. C'est ainsi encore que le défaut d'indication des accessoires de la créance, à l'égard desquels la mention est exigée, ne préjudicie point à l'inscription quant au capital, et prive seulement le créancier de la faculté de réclamer ces accessoires à son rang hypothécaire. Enfin, l'inexactitude commise dans l'indication de l'époque de l'exigibilité de la créance, est sans importance, quand le créancier a avancé cette époque[22], et que, dans l'hypothèse contraire, l'irrégularité ne peut être opposée que par les créanciers dont les droits sont devenus efficaces dès avant l'époque d'exigibilité indiquée dans l'inscription.

D'un autre côté, il n'est pas nécessaire, pour la validité de l'inscription, que les mentions ou énonciations exigées par les art. 2148 et 2153 y aient été insérées sous la forme et dans les termes mêmes indiqués par la loi : il suffit qu'elles s'y trouvent par équipollence ou en termes équivalents[23]. Ainsi, par exemple, la nature et la situation des immeubles grevés sont suffisamment indiquées, lorsque, s'agissant de l'hypothèque constituée sur un domaine connu sous une désignation spéciale, l'inscription a été prise sur le domaine ainsi désigné[24]. De même encore, l'époque de l'exigibilité de la créance doit être considérée comme virtuellement et suffisamment indiquée par la mention que l'inscription est prise en vertu de tel jugement rendu par défaut, et pour sûreté des condamnations prononcées[25]. Une pareille solution semblerait devoir être admise, bien que le jugement eût été rendu contradictoirement, si l'inscription énonçait qu'elle a été prise pour sûreté de condamnations prononcées à raison d'effets de commerce protestés[26]. Mais il en serait autrement, si l'inscription portait, sans

[21] Cpr. § 274. Pont, nº 287. — Il est bien entendu qu'en cas d'exagération dans l'indication du montant de la créance, ou dans son évaluation, le débiteur serait admis à demander la réduction de l'inscription. Art. 2132 et arg. de cet article.

[22] Metz, 12 juillet 1811, Sir., 12, 2, 62. Civ. rej., 3 janvier 1814, Sir., 14, 1, 82.

[23] Req. rej., 15 novembre 1852, Sir., 52, 1, 793.

[24] Cpr. § 266, texte nº 3, et note 54.

[25] Comme, en pareil cas, le débiteur qui ne s'est pas défendu, ne peut avoir obtenu de délai, il est certain pour les tiers que la condamnation était exigible à la date même du jugement qui l'a prononcée. Chamb. réun. rej., 6 décembre 1844, Sir., 45, 1, 31. Req rej., 8 mars 1853, Sir., 55, 1, 214.

[26] Arg. art. 157 et 187 du Code de commerce. Req. rej., 23 juillet 1812, Sir., 13, 1, 257. Cpr. aussi Rouen, 8 février 1851, Sir., 51, 2, 715.

autre énonciation, qu'elle a été prise en vertu d'un jugement de condamnation, même émané d'un tribunal de commerce[27].

La question de savoir si telle ou telle mention ou indication insérée dans l'inscription contient ou non les éléments exigés par la loi à peine de nullité, n'est pas une simple question de fait, abandonnée à l'appréciation souveraine des tribunaux, mais une question de droit, dont la solution erronée tombe sous la censure de la Cour de cassation[28]. Il en est de même du point de savoir si l'inscription contient implicitement telle énonciation, par exemple celle de l'époque de l'exigibilité de la créance, qui ne s'y trouverait pas explicitement insérée[29].

Du reste, la validité des inscriptions hypothécaires se juge uniquement d'après leur état même, c'est-à-dire d'après la forme sous laquelle elles ont été portées sur les registres destinés à les recevoir. Ainsi une inscription régulière ne peut être annulée à raison de la défectuosité du bordereau, sur la présentation duquel elle a été effectuée; et réciproquement, la régularité du bordereau ne saurait couvrir les vices de l'inscription[30].

Les actions en nullité d'inscriptions hypothécaires se portent

[27] Req. rej., 9 août 1832, Sir., 32, 1, 481. Nîmes, 28 novembre et 9 janvier 1833, Sir., 33, 2, 198. Civ. cass., 28 mars 1838, Sir., 38, 1, 417.

[28] La distinction des énonciations requises par les art. 2148 et 2153, en substantielles et en simplement réglementaires, une fois admise en droit, et comme règle pour l'annulation ou le maintien des inscriptions dont la validité serait contestée, il doit appartenir à la Cour de cassation d'examiner si l'inscription satisfait, pour telle ou telle mention substantielle, au prescrit de la loi. Et tel est, en effet, le point de vue auquel cette Cour se place en ce qui concerne la désignation du débiteur (Cpr. Req. rej., 8 juillet 1840, Sir., 40, 1, 990; Civ. rej., 13 juillet 1841, Sir., 41, 1, 731), et auquel elle s'était également attachée quant à la désignation des immeubles grevés (Cpr. Civ. rej., 6 mars 1820, Sir., 20, 1, 73; Req. rej., 19 février 1828, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, 9, 1, 38). Mais un arrêt plus récent de la Chambre des requêtes du 15 février 1836 (Sir, 36, 1, 81) ne semble plus voir, à tort selon nous, qu'une simple question de fait dans celle de savoir si la désignation des immeubles hypothéqués, telle qu'elle est donnée par l'inscription, est ou non suffisante au point de vue du principe de la spécialité. Cpr. § 266, note 55.

[29] Civ. cass., 28 mars 1838, Sir., 38, 1, 164. Civ. cass., 19 août 1840, Sir., 40, 1, 686. Chamb. réun. rej., 6 décembre 1844, Sir., 45, 1, 31. Req. rej., 15 novembre 1852, Sir., 52, 1, 793.

[30] Avis du Conseil d'État des 11-26 septembre 1810. Persil, sur l'art. 2150. Grenier, II, 530. Pont, nos 948 et 1012. Civ. cass., 22 avril 1807, Sir., 7, 1, 233.

devant le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel sont situés les immeubles hypothéqués. Art. 2156.

Les exploits d'assignation relatifs à de pareilles demandes se donnent au créancier, soit à personne ou à son domicile réel, soit au dernier des domiciles élus sur le registre. Art. 2156.

§ 277.

De la rectification des inscriptions irrégulières[1].

Les omissions ou erreurs existant dans une inscription peuvent provenir, soit de l'irrégularité des bordereaux, soit d'une inadvertance de la part du conservateur des hypothèques.

Au premier cas, l'inscription peut être rectifiée à la demande du créancier ou d'un tiers agissant en son nom, et sur la production de nouveaux bordereaux; au second, elle peut l'être d'office par le conservateur, sans qu'il soit besoin, dans l'une ni dans l'autre hypothèse, d'un jugement préalable qui ordonne ou autorise la rectification [2].

La rectification s'opère au moyen d'une nouvelle inscription, portée sur les registres hypothécaires à la date courante. Pour prévenir tout double emploi, le conservateur doit relater l'ancienne inscription, tant en marge de l'inscription rectifiée, que dans les extraits qu'il en délivre [3].

La rectification n'a d'effet que pour l'avenir, et ne valide pas rétroactivement l'inscription primitive. Il en était autrement des rectifications opérées en vertu de la loi du 4 septembre 1807, les inscriptions rectifiées devant, aux termes de l'art. 2 de cette loi, être considérées comme ayant toujours été complètes.

[1] Voy. la loi du 4 septembre 1807, spéciale à la rectification des inscriptions dans lesquelles on avait omis de mentionner l'époque de l'exigibilité de la créance.

[2] Avis du Conseil d'État des 11-26 décembre 1810, relatif au mode de rectification des erreurs ou irrégularités commises sur les registres hypothécaires.

[3] Cette mesure de précaution, que l'avis précité du Conseil d'État n'exige que pour les rectifications opérées d'office par le conservateur, semble devoir s'appliquer également aux rectifications requises par les parties intéressées. Cpr. § 268, texte et note 17.

§ 278.

Des règles spéciales concernant la conservation des priviléges soumis à la condition de publicité.

Les règles générales exposées aux paragraphes précédents sur la formalité de l'inscription s'appliquent, sous les modifications qui seront ci-après indiquées, aux priviléges dont l'efficacité est soumise à la condition de publicité. Art. 2106.

1° Le vendeur conserve son privilége, indépendamment de toute inscription, par la transcription de l'acte de vente constatant que tout ou partie du prix lui est encore dû[1], peu importe que cette formalité ait été accomplie à la diligence du vendeur lui-même ou à la requête de l'acquéreur[2]. Art. 2108.

Le vendeur peut aussi, sans transcription préalable, conserver son privilége au moyen d'une inscription[3].

Lorsque le privilége du vendeur a été conservé par l'effet de la transcription, le conservateur est obligé, dans l'intérêt des tiers,

[1] Cpr. sur ce point, § 263, texte n° 1.

[2] Troplong, I, 258. Pont, n° 264. Flandin, *De la transcription*, II, 1097. Mais la transcription d'un acte de revente serait insuffisante pour conserver le privilége du vendeur originaire, encore que cet acte mentionnât que tout ou partie du prix lui reste dû. Grenier, II, 377. Persil, sur l'art. 2108, n° 2. Troplong, I, 284. Pont, n° 265. Flandin, *op. cit.*, II, 1098 et 1099. Paris, 3 juillet 1815, Sir., 16, 2, 1. Req. rej., 14 janvier 1818, Sir., 18, 1, 300. Req. rej., 29 avril 1845, Sir., 45, 1, 535. Montpellier, 9 juin 1853, Sir., 53, 2, 406. Paris, 30 novembre 1860, Sir., 61, 2, 29.

[3] Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. V, n° 12. Grenier, II, 386. Persil, sur l'art. 2108, n° 3. Troplong, I, 285 *bis*. Flandin, *op. cit.*, II, 1109. Civ. cass., 6 juillet 1807, Sir., 7, 2, 1137. Req. rej., 7 mai 1811, Sir., 11, 1, 225. Rennes, 21 août 1811, Sir., 13, 2, 111. Voy. en sens contraire : Pont, n° 263. Cet auteur conteste la proposition émise au texte, surtout au point de vue de la loi du 23 mars 1855. Il se fonde sur ce que, le vendeur restant propriétaire à l'égard des tiers jusqu'à la transcription, l'inscription qu'il prendrait sur l'acquéreur avant l'accomplissement de cette formalité, serait absolument sans valeur. Mais il y a là une singulière erreur. Il est vrai que, tant que la vente n'a point été transcrite, le vendeur est encore réputé propriétaire à l'égard des tiers, en ce sens que ces derniers peuvent jusque-là valablement acquérir de son chef des droits sur l'immeuble vendu. Mais, dans ses rapports avec l'acquéreur, le vendeur a cessé d'être propriétaire par l'effet même du contrat de vente, et comme ce contrat le constitue créancier privilégié du prix, rien ne s'oppose à ce qu'il prenne immédiatement inscription pour la conservation de son privilége. Cpr. § 209, texte et note 73. Voy. aussi loi du 23 mars 1855, art. 6, al. 2.

et ce à peine de tous dommages-intérêts envers eux, de prendre une inscription d'office. Toutefois, l'omission ou l'irrégularité de l'inscription d'office ne porte aucune atteinte à l'efficacité du privilége, qui est dûment conservé par la transcription seule[4].

La loi ne fixe aucun délai spécial pour l'accomplissement de l'une ou de l'autre des formalités à l'aide desquelles se conserve le privilége du vendeur.

Mais sa conservation demeure, en général, soumise à l'observation des délais indiqués au n° 2 du § 272, pour le cas d'aliénation. De là, les applications suivantes :

Sous l'empire du Code Napoléon, le vendeur était admis à conserver son privilége tant que l'immeuble vendu restait dans les mains de l'acquéreur, et ne pouvait plus le faire utilement après la revente de cet immeuble. Art. 2166.

A partir de la mise à exécution du Code de procédure, le privilége du vendeur put être efficacement conservé jusqu'à l'expiration de la quinzaine, à partir de la transcription de l'acte de revente. Code de procédure, art. 834.

Aujourd'hui, et depuis le 1er janvier 1856, c'est par la transcription même de l'acte de revente que le vendeur se trouve privé de la possibilité de conserver encore son privilége. Loi du 23 mars 1855, art. 6, al. 1.

Toutefois, et par une exception spéciale destinée à garantir le vendeur contre les conséquences d'une revente immédiate, il lui est accordé un délai de quarante-cinq jours à partir de la vente, pendant lequel il peut, nonobstant toute transcription d'actes faits dans ce délai, conserver son privilége. Loi précitée, art. 6, al. 2. Ce délai de quarante-cinq jours, uniquement établi dans l'intérêt du vendeur, ne doit pas être retorqué contre lui, et ne constitue pas un terme fatal à l'expiration duquel son privilége, non antérieurement conservé, dégénérerait nécessairement en une simple hypothèque, conformément à l'art. 2113[5].

[4] Troplong, I, 286. Pont, n° 270. Flandin, *op. cit.*, II, 1102.

[5] Rivière et François, *Explication de la loi du 23 mars 1855*, n° 102. Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, n° 365. Lesenne, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, nos 114 et 115. Mourlon, *Examen critique*, nos 371 et 378. Fons, *Précis sur la transcription*, n° 56. Troplong, *De la transcription*, n° 279. Voy. en sens contraire : Flandin, *De la transcription*, II, 1094 à 1096. L'opinion de cet auteur est évidemment contraire au texte du second alinéa de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, et à l'esprit de faveur dans lequel il a été conçu. Cet alinéa, en effet, n'a d'autre objet que de soustraire le

Enfin, on doit également appliquer au privilége du vendeur ce qui a été dit au n° 2 du § 272, tant en ce qui concerne le cas d'expropriation forcée par suite de saisie immobilière, que quant à celui d'expropriation pour cause d'utilité publique.

La faillite de l'acquéreur enlève au vendeur, comme aux simples créanciers hypothécaires, et ce à partir du jour auquel a été prononcé le jugement qui l'a déclarée, la faculté de rendre son privilége efficace à l'égard des créanciers de la masse[6]. Mais, nonobstant l'inefvendeur, pendant le délai de quarante-cinq jours, à l'application de la déchéance prononcée par le premier alinéa du même article. C'est ce qui résulte du mot *néanmoins*, qui relie les deux alinéas de l'art. 6, et plus nettement encore des expressions, *nonobstant toute transcription d'actes faits dans ce délai*, qui terminent le second. C'est ce qui ressort également, de la manière la plus formelle, du rapport de M. de Belleyme et de la discussion au Corps législatif. Voy. Sirey, *Lois annotées*, 1855, p. 29, col. 1 et 2, n° 12; p. 33, col. 2, n° 11; p. 35, col. 3, n° 12.

[6] Malgré la généralité des termes du premier alinéa de l'art. 2146, nous avions, dans notre première édition, enseigné avec les meilleurs auteurs (Voy. Tarrible, *Rép.*, v° Insc. hyp., § 4, n° 10; Persil, sur l'art. 2146, n° 6; Grenier, I, 225), mais contrairement à la jurisprudence (Voy. Civ. rej., 6 juillet 1818, Sir., 19, 1, 27), que cette disposition n'était pas applicable au privilége du vendeur. Les considérations qui nous avaient surtout déterminés étaient les suivantes : Si le privilége du vendeur, qui prime, à quelque époque qu'il ait été rendu public, les hypothèques même antérieurement inscrites, n'était plus susceptible d'être utilement conservé en cas de faillite de l'acquéreur, il pourrait se faire que la déchéance encourue par le vendeur profitât, non à la masse, mais aux créanciers hypothécaires dont les inscriptions auraient été prises en délai utile. Or ce résultat nous avait semblé difficile à admettre. Que la faillite doive avoir pour effet d'écarter, au profit de la masse, les droits de préférence non encore rendus publics au moment où elle éclate, on le comprend encore; mais on ne comprendrait pas qu'elle pût avoir pour conséquence d'améliorer la position des créanciers hypothécaires au détriment de celle du vendeur. Quelle que fût la valeur de ces considérations, nous n'avons pas cru devoir maintenir notre opinion en présence du texte de l'art. 448 du Code de commerce, modifié par la loi du 28 mai 1838; et, dès notre seconde édition, nous avons enseigné que le privilége du vendeur ne peut plus être utilement inscrit après le jugement déclaratif de faillite. Tel est encore notre sentiment, sous l'empire de la loi du 23 mars 1855. Voy. en ce sens : Troplong, *Des priviléges et hypothèques*, III, 650, et *De la transcription*, n° 282; Rivière, *Revue critique*, 1859, XV, p. 433; Mourlon, *Examen critique*, App., n° 379; Flandin, *De la transcription*, II, 1177 à 1180; Demangeat, sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 289 à 291 à la note; Nancy, 9 août 1859, Sir., 59, 2, 594. L'opinion contraire est cependant défendue par M. Pont (n° 903, et *Revue critique*, 1860, XVI, p. 289), qui soutient que la faillite de l'acquéreur doit rester sans influence sur le privilége du vendeur. Les motifs sur lesquels il se fonde ont déjà été indiqués et refutés à la note 3 *supra*. Tout ce que l'on pourrait concéder, c'est que, dans le cas où la

ficacité de son privilége à raison de l'absence de transcription ou d'inscription antérieure au jugement déclaratif de faillite[7], le vendeur n'en conserve pas moins son action résolutoire[8]. Il en serait ainsi dans le cas même où, avant toute publicité donnée au privilége de ce dernier, le syndic aurait pris inscription sur les immeubles du failli, en vertu de l'art. 490 du Code de commerce[9].

faillite éclate immédiatement après la vente, le vendeur jouit, comme au cas de revente suivie de transcription, d'un délai de quarante-cinq jours pour la conservation de son privilége; et nous serions disposés à admettre ce tempérament, qui rentre dans l'esprit de la disposition du second alinéa de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855.

[7] Req. rej., 16 juillet 1818, Sir., 19, 1, 27. Voy. sur les conséquences de cette inefficacité simplement relative : § 272, texte n° 3, et notes 17 à 27.

[8] La disposition de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, d'après lequel l'action résolutoire ne peut plus être exercée après *l'extinction* du privilége du vendeur, n'est point ici applicable, par la raison que l'inefficacité relative, dont se trouve frappée l'inscription prise postérieurement au jugement déclaratif de faillite, paralyse bien dans une certaine mesure l'exercice du privilége, mais n'entraîne pas son extinction dans le sens de la disposition précitée, c'est-à-dire sa perte absolue et définitive. Nous hésitons d'autant moins à considérer ce motif comme décisif, qu'il résulte de l'ensemble des discussions sur la loi du 23 mars 1855, que ce n'est point en vue du cas de faillite qu'a été fait l'art. 7, mais bien dans l'intérêt des sous-acquéreurs et de leurs créanciers hypothécaires. D'ailleurs, le vendeur qui exerce l'action résolutoire, se présente bien moins comme créancier, que comme propriétaire n'ayant aliéné que sous la condition de rentrer dans la propriété de l'immeuble vendu faute de paiement du prix; et, à ce point de vue, cette action qui découle du Droit commun est plus favorable que le privilége. A ces considérations vient s'ajouter une raison non moins péremptoire, pour le cas du moins où le privilége du vendeur a été rendu public avant toute inscription prise par le syndic sur les immeubles du failli. En effet, aux termes de l'art. 7, le vendeur ne se trouve déchu de son action résolutoire que vis-à-vis des tiers qui ont acquis, du chef de l'acquéreur, des droits sur l'immeuble, et qui les ont dûment conservés, ce qui ne saurait s'appliquer aux créanciers de la masse, tant qu'il n'a pas été pris inscription à leur profit. Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, n° 374. Rivière, *Revue critique*, 1859, XV, p. 433. Pont, *Revue critique*, 1860, XVI, p. 385. Dumolard, *Revue pratique*, 1861, XI, p. 401. Mourlon, *De la transcription*, II, 817 et suiv. Demangeat, sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 291 et 292, à la note. Civ. rej., 1er mai 1860, Sir., 60, 1, 602. Grenoble, 24 mai 1860, Sir., 60, 2, 526. Voy. en sens contraire : Troplong, *De la transcription*, nos 295 et 296; Sellier, *De la transcription*, n° 239; Flandin, *De la transcription*, II, 1188 à 1199.

[9] Ce n'est pas que nous pensions, comme l'enseignent certains auteurs, que l'inscription prise en vertu de l'art. 490 du Code de commerce n'a d'autre objet que de donner une plus grande publicité à l'état de faillite; nous croyons au contraire que cette inscription est destinée à rendre efficace une véritable hypothèque légale, conférant aux créanciers de la masse un droit réel sur les immeubles du

De même que la faillite, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, ou la déclaration de vacance de la succession de l'acquéreur enlève au vendeur la faculté de rendre son privilége efficace à l'égard des créanciers héréditaires [10], mais laisse subsister son action résolutoire [11].

La transcription de l'acte de vente ou l'inscription prise par le vendeur, avant l'expiration des délais respectifs qui viennent d'être indiqués, assure au privilége toute son efficacité comme tel, c'est-à-dire à la date de la vente, et non pas seulement à celle de l'accomplissement de l'une ou l'autre de ces formalités [12]. Le vendeur, dont le privilége a été conservé, prime donc toujours les créan-

failli. Voy. § 264, texte et notes 11 à 15. Mais si, d'après cela, nous ne pouvons plus invoquer, à l'appui de la proposition énoncée au texte, le dernier argument présenté à la note précédente, il reste toujours celui que nous y avons proposé en premier lieu. En effet, la circonstance que, par l'inscription prise dans leur intérêt, les créanciers de la faillite ont acquis un droit réel sur les immeubles du failli, ne saurait exercer aucune influence sur le sort de l'action résolutoire, dont l'exercice est complétement indépendant de l'existence d'hypothèques du chef de l'acquéreur. Cpr. Demangeat, sur Bravard, *op. et loc. citt.* Voy. en sens contraire : Rivière et Huguet, *op. cit.*, n° 375; Rivière, *Revue critique*, *loc. cit.* Voy. aussi Riom, 1er juin 1859, Sir., 59, 2, 597.

[10] Troplong, III, 659 *bis*. Demangeat, *op. cit.*, p. 294 à la note. Toulouse, 2 mars 1826, Sir., 26, 2, 216. Nîmes, 23 juin 1829, Sir., 30, 2, 45. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 125; Besançon, 14 décembre 1861, Sir., 62, 2, 129.

[11] Art. 2146, al. 2. Aux explications données dans les notes 8 et 9 *supra*, nous ajouterons seulement que les créanciers d'une succession bénéficiaire ou vacante ne jouissant en cette qualité d'aucune hypothèque légale sur les immeubles dépendant de cette succession, et que la séparation des patrimoines, attachée à l'acceptation bénéficiaire, ne conférant à ces créanciers aucun droit de préférence les uns à l'égard des autres, ils ne peuvent jamais être considérés comme des tiers dans le sens de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855. Pont, *Revue critique*, 1860, XVI, p. 385. Dumolard, *op. et loc. citt.* Demangeat, sur Bravard, *op. et loc. citt.* Montpellier, 6 avril 1859, Sir., 59, 2, 593. Civ. rej., 27 mars 1861, Sir., 61, 1, 758. Voy. en sens contraire : Flandin, *De la transcription*, II, 1200 à 1206.

[12] *Non obstat* art. 2106. De cela seul que la loi n'a point fixé de délai spécial pour la conservation du privilége du vendeur, on doit conclure que la disposition de cet article, portant que les priviléges produisent leur effet à compter de la date de l'inscription, est inapplicable à ce privilége, qui rentre virtuellement dans les cas d'exception indiqués par la disposition finale du même article. La solution contraire ne cadrerait d'ailleurs pas avec la disposition de l'art. 2113, puisque, dans ce système, le privilége du vendeur ne serait plus seulement susceptible de *dégénérer* en hypothèque, mais n'aurait dès son origine que la vertu d'une simple hypothèque.

ciers de l'acquéreur, même ceux inscrits antérieurement à cette dernière date [13].

Lorsque, au cas d'aliénation volontaire ou forcée, le vendeur se trouve, par suite de l'expiration des délais ci-dessus indiqués, déchu de la faculté de conserver encore son privilége, la déchéance qu'il encourt est absolue, et le prive non-seulement du droit de suite à l'égard du nouveau propriétaire, mais encore du droit de préférence à l'égard des créanciers de son acquéreur [14].

2° Le bailleur de fonds empruntés pour l'acquisition d'un immeuble, conserve le privilége que l'art. 2103, n° 2, lui accorde en cette qualité, soit par une inscription prise en vertu tant de l'acte authentique d'emprunt, indiquant la destination des deniers, que de la quittance authentique du vendeur, constatant leur emploi à cette destination [15], soit par la transcription de l'acte de vente, pourvu que cet acte établisse que le vendeur a été payé au moyen des deniers empruntés à cet effet par l'acquéreur, et qu'il ait été passé en forme authentique [16]. Art. 2108.

[13] Merlin, *Rép.*, v° Privilége, sect. V, n° 1. Grenier, II, 376. Duranton, XIX, 209. Troplong, I, 266 *bis*, 279 et 281. Rouen, 7 décembre 1809, Sir., 10, 2, 83. Rennes, 21 août 1811, Sir., 13, 2, 111. Nîmes, 12 décembre 1811, Sir., 13, 2, 376. Req. rej., 26 janvier 1813, Sir., 13, 1, 333. Toulouse, 19 février 1823, Sir., 23, 2, 167.

[14] La proposition énoncée au texte ne peut plus aujourd'hui souffrir de difficulté, en présence du premier alinéa de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855. Elle avait été contestée sous l'empire de l'art. 834 du Code de procédure, à raison de la disposition du second alinéa de cet article, qui réservait au vendeur le droit résultant de l'art. 2108. Mais il est évident que cette réserve avait seulement pour objet de maintenir la faculté, que l'article précité accordait au vendeur, de conserver son privilége au moyen de la transcription de l'acte de vente, et non de faire survivre le droit de préférence à l'extinction du droit de suite. *Discours* de Tarrible, orateur du Tribunat (Locré, *Lég.*, XXIII, p. 174). Troplong, I, 282 et 283. Dalloz, *Jur. gén.*, v° *Priviléges et hypothèques*, n° 674. Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, n° 346. Mourlon, *Examen critique*, App., n° 372. Flandin, *op. cit.*, II, 1111. Paris, 16 mars 1816, Sir., 17, 2, 41. Paris, 24 mars 1817, Sir., 18, 2, 19. Civ. cass., 12 juillet 1824, Dalloz, *op. et loc. citt.* Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, p. 145, et III, p. 381 ; Persil, sur l'art. 2108, n° 24, et sur l'art. 2109, n° 10.

[15] Persil, sur l'art. 2108, n°s 3 à 5. Grenier, II, 395. Cpr. Civ. cass., 16 mars 1813, Sir., 13, 1, 222.

[16] Les expressions de l'art. 2108, *qui sera subrogé aux droits du vendeur par le même contrat*, ne veulent pas dire que l'acte de vente doive contenir une déclaration expresse de subrogation. Elles signifient seulement que cet acte doit constater les faits au concours desquels la loi subordonne la subrogation, qui

Si le privilége propre du bailleur de fonds n'avait pas été conservé conformément aux règles qui viennent d'être exposées, ce dernier n'en serait pas moins autorisé à se prévaloir du privilége du vendeur, à supposer, bien entendu, que ce privilége eût été dûment conservé, et que les conditions requises pour la subrogation eussent été remplies.

Tout ce qui a été dit précédemment, à l'occasion du privilége du vendeur, sur les délais dans lesquels l'inscription ou la transcription peuvent être requises, et sur l'inscription d'office à prendre par le conservateur, doit également recevoir ici son application.

3° Le cohéritier ou copartageant conserve son privilége au moyen d'une inscription prise dans les soixante jours, à dater du partage ou de la licitation. Art. 2109.

Il ne pourrait, par la transcription de l'acte de partage ou de licitation, suppléer à l'inscription requise pour la conservation de son privilége [17].

En cas de licitation, le délai de soixante jours, pour la conservation du privilége sur les immeubles licités, court à partir du jugement d'adjudication, et non pas seulement à dater du partage définitif de la succession [18], peu importe d'ailleurs que la licitation n'ait eu pour objet que quelques-uns des immeubles héréditaires, et que des mineurs s'y trouvent intéressés [19].

Au cas de partage en nature de tout ou partie des immeubles indivis, le délai de soixante jours, pour la conservation du privilége sur les immeubles partagés, court à partir de cette opération elle-même, bien que la liquidation définitive de la succession n'ait été effectuée que plus tard [20].

s'opère sans déclaration expresse. Cpr. art. 1250, n° 2. Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. IV, § 2. Mourlon, *Des subrogations*, p. 200. Dalloz, *Jur. gén.*, v° *Priviléges et hypothèques*, n° 487. Pont, n° 227. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 392 *in fine*.

[17] Cpr. Paris, 19 juin 1817, Sir., 18, 2, 109; Bourges, 26 janvier 1844, Sir., 45, 2, 426; Montpellier, 21 décembre 1844, Sir., 45, 2, 587. Voy. cep. Flandin, *De la transcription*, II, 1120 à 1123.

[18] Troplong, I, 318 *bis*. Flandin, *op. cit.*, II, 1127 à 1129. Audier, *Revue pratique*, 1863, XVI, p. 332 et 333. Bordeaux, 15 juin 1831, Sir., 31, 2, 275. Lyon, 21 février 1832, Sir., 32, 2, 566. Paris, 7 février 1833, Sir., 33, 2, 418.

[19] Req. rej., 15 juin 1842, Sir., 42, 1, 631. Agen, 6 février 1852, Sir., 52, 2, 233. Cpr. Req. rej., 17 novembre 1851, Sir., 52, 1, 49.

[20] Flandin, *op. cit.*, II, 1130. Lyon, 29 décembre 1835, Sir., 36, 2, 451. Civ. rej., 23 juillet 1839, Sir., 39, 1, 560. Cpr. Req. rej., 3 août 1837, Sir., 37, 1,

Les mêmes règles s'appliquent au partage fait en justice, encore que, des mineurs ou des interdits y étant intéressés, la liquidation définitive de la succession se trouve soumise à la nécessité d'une homologation judiciaire [21].

Lorsque le partage, définitif à l'égard de quelques-uns des héritiers, et provisionnel à l'égard des autres, a été ratifié comme définitif par ces derniers, le délai de soixante jours court, non à partir de la ratification, mais à dater du partage même [22].

Enfin, en cas de partage fait par un ascendant conformément aux art. 1075 et suiv., le délai de soixante jours court à dater du partage, quand il a été opéré par donation entre vifs [23], et s'il a eu lieu par testament, à partir du jour où le cohéritier, créancier privilégié, a obtenu, après le décès du testateur, connaissance de cet acte [24].

Le cohéritier ou copartageant jouit du délai de soixante jours pour l'inscription de son privilége, bien que, dans cet intervalle de temps, l'ancien communiste, auquel sont échus les immeubles grevés de ce privilége, soit tombé en faillite, ou qu'étant décédé, sa succession n'ait été acceptée que sous bénéfice d'inventaire, ou ait été déclarée vacante [25].

878. Voy. aussi Req. rej., 11 août 1830, Sir., 31, 1, 63. C'est à tort que cet arrêt a été invoqué en sens contraire : dans l'espèce sur laquelle il a statué, la question résolue au texte ne s'est pas présentée.

[21] Flandin, *op. cit.*, II, 1132 à 1135. Montpellier, 4 janvier 1845 ; Sir., 45, 2, 371. Civ. cass., 19 juin 1849, Sir., 49, 1, 626. Ce dernier arrêt le décide ainsi pour le cas même où, par une clause formelle, insérée au procès-verbal de tirage des lots, les parties auraient rejeté le point de départ du délai à la liquidation définitive de la succession. Voy. en sens contraire : Troplong, I, 314 *ter* à la note; Pont, n° 294.

[22] Cpr. § 623, texte n° 2. Civ. rej., 10 novembre 1862, Sir., 63, 1, 129.

[23] Cpr. § 733, texte *in fine* et note 14.

[24] Suivant l'opinion généralement admise, le délai courrait invariablement à partir du décès du testateur, quand même l'héritier n'aurait obtenu que plus tard connaissance du testament. Voy. dans ce sens : Favard, *Rép.*, v° Privilége, sect. IV, n° 8 ; Troplong, I, 315 ; Pont, n° 294 ; Flandin, *De la transcription*, II, 1137. Nous ne pouvons admettre cette opinion qui conduirait à la négation du privilége.

[25] *Non obstant* art. 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce. La loi, en accordant au copartageant un délai de soixante jours pour l'inscription de son privilége, lui donne par cela même l'assurance que ce privilége sera efficace, pourvu qu'il soit rendu public avant l'expiration de ce délai, et l'on ne comprendrait pas que sa condition pût être détériorée par la faillite ou le décès du débiteur. Nous hésitons d'autant moins à adopter cette opinion, que le partage, qui donne naissance au privilége, est un acte nécessaire, et que cette cir-

La faculté accordée au copartageant d'inscrire son privilége dans les soixante jours du partage ou de la licitation, lui reste même entière, en ce qui concerne la conservation du droit de préférence vis-à-vis des autres créanciers de son débiteur, malgré l'aliénation volontaire ou forcée des immeubles grevés de ce privilége, de telle sorte qu'il peut, jusqu'à l'expiration de ce délai, prendre utilement inscription à cet effet, alors même qu'il serait déchu de la faculté de le faire pour la conservation du droit de suite[26].

Quant à la question de savoir jusqu'à quelle époque le copartageant est admis à conserver son droit de suite, elle se résout par application des règles exposées au n° 2 du § 272, touchant les délais dans lesquels l'inscription peut être utilement prise en cas d'aliénation volontaire ou forcée.

constance, jointe à la brièveté du délai accordé pour l'inscription, suffit pour écarter tout soupçon de fraude, et même toute idée de négligence de la part du créancier. Pont, nos 899 et 927. Voy. en sens contraire : Demangeat, sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, p. 289, à la note.

[26] Cette solution était généralement admise sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 23 mars 1855. Elle ressortait nettement de l'ensemble des art. 834 et 835 du Code de proc., qui n'avaient trait qu'au droit de suite, et surtout de la disposition finale du premier de ces articles, dont l'objet était de réserver au copartageant la faculté de conserver son droit de préférence dans le délai de soixante jours, à ce fixé par l'art. 2109 du Code Napoléon. *Discours de Tarrible au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, XXIII, p. 174 et 175). Persil, sur l'art. 2109, nos 9 et 10. Grenier, II, 400. Troplong, I, 317. La question est plus délicate sous la législation actuelle, en ce que l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855 ne contient pas une réserve analogue à celle qui se trouvait énoncée dans l'art. 834 du Code de procédure. Nous croyons néanmoins que la même solution doit encore être admise. En effet, l'objet principal de la loi précitée, et celui de l'art. 6 en particulier, ayant été de consolider la propriété immobilière et le crédit foncier au profit des acquéreurs ou de leurs créanciers, l'on ne saurait supposer que le législateur ait voulu, dans l'intérêt des créanciers hypothécaires ou simplement chirographaires du vendeur, déroger à la disposition de l'art. 2109, et priver le copartageant du bénéfice du délai que lui assure cet article, alors que le but qu'il se proposait d'atteindre ne réclamait nullement cette dérogation. Nous ajouterons que la loi du 23 mars 1855 n'a pas abrogé la disposition finale de l'art. 2109 du Code Napoléon, aux termes de laquelle aucune hypothèque ne peut, durant le délai de soixante jours, avoir lieu sur le bien chargé de soulte ou adjugé sur licitation, au préjudice du créancier de la soulte ou du prix. Il est du reste à remarquer qu'au point de vue pratique, la question ne peut s'élever que pour les inscriptions prises dans l'intervalle du quarante-cinquième au soixantième jour, à partir de la licitation ou du partage. Pont, n° 318. Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 696. Voy. en sens contraire : Bressoles, *Exposé sur la transcription*, n° 84 ; Fons, *Précis sur la transcription*, n° 64 ; Lemarcis, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, p. 33 ; Flandin, *op. cit.*, II, 1142 et 1143.

On est ainsi conduit à reconnaître que, sous l'empire du Code de procédure, le copartageant devait, en cas d'aliénation volontaire des immeubles soumis à son privilége, prendre inscription, pour la conservation de son droit de suite, dans la quinzaine de la transcription de l'acte d'aliénation, et que, depuis le 1er janvier 1856, époque de la mise en exécution de la loi du 23 mars 1855, l'inscription ne peut plus, en principe, être prise d'une manière efficace, quant au droit de suite, après la transcription de cet acte. Loi précitée, art. 6, al. 1. Toutefois, et par une exception semblable à celle qui a été établie en faveur du vendeur, le copartageant jouit d'un délai de quarante-cinq jours, à dater de la licitation ou du partage, pendant lequel il peut utilement conserver son droit de suite, nonobstant toute transcription d'actes d'aliénation volontaire, faits pendant ce délai. Loi précitée, art. 6, al. 2.

On est de même amené à décider, qu'en cas d'expropriation forcée par suite de saisie immobilière, le copartageant ne pouvait plus, sous l'empire du Code Napoléon et du Code de procédure, prendre inscription après le jugement d'adjudication, tandis qu'aujourd'hui il est admis à le faire jusqu'à la transcription de ce jugement, et que, dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, il peut aujourd'hui, comme sous la législation antérieure, inscrire son privilége jusqu'à l'expiration du délai de quinzaine, depuis la transcription du jugement d'expropriation.

L'inscription prise dans les soixante jours du partage ou de la licitation remonte, quant au droit de préférence, à la date même de ces actes, et assure ainsi au copartageant la priorité sur les créanciers hypothécaires de son débiteur, même antérieurement inscrits. Art. 2109 cbn 2095. Que si, malgré l'inscription prise dans les soixante jours de la licitation ou du partage, le copartageant se trouvait déchu du droit de suite, il ne pourrait exercer son droit de préférence d'une manière efficace, qu'autant que le prix d'aliénation serait encore dû à son débiteur[27].

Lorsque le privilége du copartageant n'a pas été conservé au moyen d'une inscription prise dans les soixante jours de la licitation ou du partage, il dégénère en une hypothèque simple, dont l'efficacité se détermine d'après les règles générales sur les hypothèques. Art. 2113. La disposition de cet article reçoit son application sans aucune distinction entre les droits ou créances que le privilége du copartageant a pour objet d'assurer; elle s'applique

[27] Voy. pour le développement de cette proposition: § 283.

au cas où ce privilége est invoqué à raison de la garantie d'éviction, tout aussi bien qu'à celui où on le fait valoir pour obtenir le paiement d'une soulte ou d'un prix de licitation [28].

4° Les architectes, entrepreneurs et ouvriers conservent leur privilége, sur la mieux-value résultant des travaux qu'ils ont effectués, par la double inscription du procès-verbal constatant l'état des lieux avant le commencement des travaux, et du procès-verbal de réception de ces mêmes travaux. Cette inscription, d'une nature particulière, consiste dans la copie littérale des procès-verbaux dont il vient d'être parlé. Art. 2110.

Pour garantir pleinement le privilége dont s'agit, l'inscription du premier procès-verbal doit avoir lieu avant le commencement des travaux.

Si l'inscription n'avait été faite que depuis le commencement des travaux, elle assurerait bien aux architectes, entrepreneurs ou ouvriers, la préférence sur les créanciers inscrits antérieurement à cette époque [29]; mais elle n'aurait d'effet qu'à partir de sa date au regard des créanciers inscrits depuis le commencement des travaux [30].

[28] Il ne faut pas conclure du silence gardé par l'art. 2109, en ce qui concerne la créance éventuelle pour garantie d'éviction, que le copartageant puisse, même après l'expiration des soixante jours, inscrire utilement le privilége destiné à garantir cette créance. L'art. 2109 n'est, en effet, que le complément de l'art. 2103, n° 3, et l'on ne comprendrait pas que le législateur eût traité la garantie d'éviction avec plus de faveur que les autres créances résultant du partage. Persil, sur l'art. 2109, n° 4. Grenier, II, 403. Taulier, VII, p. 209. Troplong, I, 291. Pont, n° 290. Civ. cass., 12 juillet 1853, Sir., 53, 1, 742. Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, p. 153; Liége, 9 mars 1818, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 563.

[29] Le privilége, en effet, ne s'exerçant que pour la plus-value résultant des travaux, les créanciers inscrits antérieurement à l'époque où ils ont été commencés, ne sauraient se plaindre de n'avoir pas été plus tôt instruits de l'existence d'un privilége qui ne vient pas diminuer le gage sur lequel ils pouvaient et devaient compter. Voy. en ce sens : Loi du 16 septembre 1807, art. 23, al. 2. Delvincourt, III, p. 288. Persil, sur l'art. 2110, n° 3. Troplong, I, 322. Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 700. Voy. en sens contraire : Valette, *Revue étrangère et française*, 1840, VII, p. 709; Pont, n° 281.

[30] Delvincourt, Persil, Troplong, Dalloz et Pont, *locc. citt.* Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. V, n° 8; Grenier, II, 410; Favard, *Rép.*, v° Privilége, sect. IV, n° 9; Battur, I, 127. Suivant ces auteurs, les architectes, entrepreneurs et ouvriers l'emporteraient sur les créanciers inscrits avant eux, quoique après le commencement des travaux, par la raison que, s'il en était autrement, leur privilége n'aurait pas plus d'efficacité qu'une simple hypothèque. Mais cette opinion, qui applique au privilége dont il s'agit la rétro-

En cas d'aliénation volontaire ou forcée, l'inscription du premier procès-verbal doit être faite dans les délais indiqués au n° 2 du § 272; et ce, à peine de déchéance absolue du privilége, c'est-à-dire d'extinction, non-seulement du droit de suite, mais même du droit de préférence [31].

D'un autre côté, l'inscription du premier procès-verbal est inefficace pour conserver le droit de préférence au regard des créanciers de la faillite du débiteur, et de ceux de sa succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ou déclarée vacante, lorsqu'elle n'a pas été requise avant le jugement déclaratif de la faillite, ou l'ouverture de la succession [32].

Quant au second procès-verbal, il doit, au cas même où l'immeuble n'est pas sorti des mains du débiteur, être inscrit dans les six mois de l'achèvement des travaux, faute de quoi le privilége dégénère en simple hypothèque [33].

S'il y avait eu aliénation ou expropriation de l'immeuble dans le cours des travaux ou dans les six mois qui ont suivi leur achève-

activité attachée à celui du vendeur et du copartageant, ne saurait se concilier avec la disposition finale de l'art. 2110. Elle est d'autant moins acceptable que les raisons qui ont permis au législateur d'admettre en faveur du vendeur et du copartageant, que leur privilége remonte à la date même de sa naissance, ne se présentaient plus pour celui des architectes, puisque ce dernier privilége ne dérive pas, comme ceux du vendeur et du copartageant, d'un titre dont les tiers puissent et doivent exiger l'exhibition. D'ailleurs, il n'est pas exact de dire d'une manière absolue que, dans notre système, le privilége des architectes dégénère en une simple hypothèque. Voy. la note précédente.

[31] Cpr. texte et note 14 *supra*.

[32] Art. 2146 et Code de commerce, art. 448. Rouen, 12 juin 1841, Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 468, à la note. Limoges, 1er mars 1847, Sir., 47, 2, 637.

[33] A la vérité l'art. 2110 n'indique pas, d'une manière explicite, le délai dans lequel doit être inscrit le second procès-verbal, et on en a conclu qu'il pouvait l'être utilement à toute époque, tant que l'immeuble se trouvait entre les mains du débiteur. Voy. Zachariæ, § 276, texte et note 11; Pont, n° 279; Lyon, 13 mars 1830, Sir., 31, 2, 309. Mais on ne saurait admettre que le législateur, tout en exigeant, pour la conservation du privilége, l'inscription du second procès-verbal, ait entendu laisser au créancier la faculté de la requérir quand bon lui semblerait; et si, dans l'art. 2110, il n'a indiqué aucun délai spécial à cet effet, c'est par ce motif sans doute que, dans sa pensée, le délai ne devait pas dépasser celui que l'art. 2103 fixe pour la rédaction même du second procès-verbal. L'opinion contraire enlèverait toute utilité pratique à l'inscription de ce procès-verbal, qui, destiné à faire connaître aux tiers le montant de la mieux-value et l'importance de la créance, forme le complément indispensable du premier procès-verbal, dont l'inscription ne constitue qu'une simple annonce d'un privilége éventuel. Voy. dans ce sens: Flandin, *De la transcription*, II, 1039 et 1041.

ment, l'inscription du second procès-verbal pourrait toujours, nonobstant toute transcription antérieure, avoir lieu d'une manière complétement efficace dans les six mois à partir, soit de l'époque où le nouveau propriétaire a fait cesser les travaux, soit de leur achèvement, lorsqu'il les a fait continuer [34].

Que si l'aliénation ou l'expropriation n'avait eu lieu qu'après l'expiration des six mois à partir de l'achèvement des travaux, le défaut d'inscription du second procès-verbal, dans les délais indiqués au n° 2 du § 272, entraînerait l'extinction absolue du privilége [35].

Du reste, la déclaration de faillite du débiteur, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou la vacance de sa succession, n'empêcherait pas que le second procès-verbal ne pût, même après ces événements, être inscrit d'une manière efficace au regard des créanciers de la faillite ou de la succession, pourvu que l'inscription fût requise dans les six mois de la cessation ou de l'achèvement des travaux [36].

5° Les règles exposées au numéro précédent s'appliquent également à la conservation du privilége de ceux qui ont fourni les de-

[34] Cpr. en sens divers : Mourlon, nos 385 et 386; Troplong, *De la transcription*, nos 284 et 285 ; Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, nos 319 et 320 ; Flandin, *op. cit.*, II, 1035 à 1041.

[35] Cpr. cep. Rivière et Huguet, *op. cit.*, n° 321 ; Mourlon, n° 387 ; Sellier, *Commentaire sur la transcription*, n° 233 ; Flandin, *op. cit.*, II, 1042 à 1044. Ces auteurs, s'occupant de l'hypothèse particulière où l'aliénation a eu lieu après la réception des travaux, enseignent que, dans cette hypothèse, les architectes, entrepreneurs et ouvriers ne jouissent plus, pour l'inscription du procès-verbal de réception, du restant du délai de six mois à partir de l'achèvement des travaux, de telle sorte que le privilége se trouverait frappé de déchéance, si ce procès-verbal n'avait été inscrit qu'après la transcription de l'acte d'aliénation, et ce dans le cas même où il ne se serait écoulé qu'un délai de vingt-quatre heures entre cette transcription et la réception des travaux. Mais cette opinion, dont on reconnaît l'extrême rigueur, ne nous paraît pas admissible. Elle fait aux ouvriers, entrepreneurs et architectes une position pire, par cela même qu'ils ont mis plus de diligence à faire recevoir les travaux; d'un autre côté, elle attache à l'époque de leur réception une déchéance que ne motive pas l'intérêt légitime du tiers-acquéreur, et que la loi ne fait résulter que du défaut d'accomplissement, dans le délai de six mois à partir de l'achèvement des travaux, des formalités complémentaires exigées pour la conservation du privilége.

[36] Les raisons développées à la note 25 *supra*, en ce qui concerne le privilége du copartageant, s'appliquent avec la même force au privilége dont il est actuellement question, d'autant mieux que l'inscription du premier procès-verbal écarte toute idée de fraude ou de négligence.

niers pour payer les architectes, entrepreneurs et ouvriers. Art. 2110. Il n'est pas nécessaire, pour assurer ce privilége, de faire inscrire l'acte authentique constatant la destination et l'emploi des sommes prêtées [37].

6° Le trésor public conserve son privilége, sur les immeubles des condamnés, par une inscription prise dans les deux mois, à dater du jugement de condamnation. Loi du 5 septembre 1807, art. 3. Il conserve également son privilége, sur les immeubles que les comptables ont acquis à titre onéreux depuis leur nomination, par une inscription prise dans les deux mois de l'enregistrement de l'acte d'acquisition. Loi précitée, art. 5.

Les règles exposées au n° 3 du présent paragraphe, à l'occasion du privilége du copartageant, s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux deux priviléges dont il est ici question, sauf cependant la disposition spéciale du second alinéa de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, qui n'est pas susceptible d'y être étendue.

Ainsi, en cas d'aliénation volontaire ou forcée des immeubles grevés de ces priviléges, le droit de suite s'éteint à défaut d'inscription dans les délais indiqués au n° 2 du § 272; mais cette extinction n'entraîne point celle du droit de préférence, qui continue de subsister, pourvu que l'inscription ait été prise dans les deux mois donnés à cet effet [38].

Ainsi encore, à défaut d'inscription dans les deux mois, ces priviléges dégénèrent en simples hypothèques légales, dont l'efficacité se détermine d'après la règle établie par l'art. 2113 [39].

Enfin, ces priviléges peuvent être utilement inscrits dans le délai qui vient d'être indiqué, même après un jugement déclaratif de faillite [40].

7° L'État ou les concessionnaires de travaux de desséchement

[37] Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, sect. V, n° 8. Grenier, II, 410. Troplong, I, 319. Pont, n° 287.

[38] Les raisons indiquées à la note 26 *supra* sont complétement applicables aux priviléges du trésor, pour la conservation desquels la loi accorde un délai fixe, comme pour celle du privilége de copartageant. Pont, nos 303 et 304. Cpr. Grenier, II, 415; Flandin, *De la transcription*, II, 1068.

[39] C'est ce qui ressort nettement de l'art. 2113 du Code Napoléon, combiné avec l'art. 3 de la loi du 5 septembre 1807, *relative au mode de recouvrement des frais de justice, en matière criminelle, correctionnelle et de police*, et avec l'art. 5 de la loi du 5 septembre 1807, *relative aux droits du trésor public sur les biens des comptables.*

[40] Besançon, 30 août 1856, Sir., 56, 2, 698. Cpr. Metz, 28 février 1856, Sir., 56, 2, 321.

conservent leur privilége, sur la mieux-value résultant de ces travaux, par la transcription du décret qui a ordonné le desséchement, ou de l'acte de concession. Loi du 16 septembre 1807, art. 23.

Du reste, la conservation de ce privilége est régie par des règles analogues à celles qui ont été développées au n° 4 ci-dessus. Ainsi, les personnes auxquelles la loi l'accorde, priment toujours les créanciers inscrits antérieurement au desséchement [41]. Mais elles ne l'emportent sur les créanciers inscrits postérieurement à cette époque, qu'autant que la transcription destinée à conserver leur privilége a été opérée avant les inscriptions de ces créanciers.

8° Le privilége accordé, par la loi du 17 juillet 1856, sur les terrains drainés, jusqu'à concurrence de la mieux-value résultant du drainage, se conserve par une inscription prise: pour le trésor public et pour les prêteurs, dans les deux mois de l'acte de prêt; pour les syndicats, dans les deux mois de l'arrêté qui les constitue; pour les entrepreneurs, dans les deux mois du procès-verbal constatant, avant le commencement des travaux, l'état, le périmètre, et la valeur des terrains à drainer.

L'inscription doit, dans tous les cas, contenir un extrait sommaire de ce procès-verbal. De plus, lorsque les travaux ont été exécutés par des entrepreneurs, il doit être fait, en marge de l'inscription, mention du procès-verbal de la vérification des travaux, et ce dans les deux mois de la date de ce procès-verbal. Loi précitée, art. 7.

On doit appliquer à la conservation de ce privilége, en les combinant entre elles, les règles développées aux n^os^ 3 et 4 du présent paragraphe.

Nous ne nous occuperons pas ici du droit de préférence attaché à la séparation des patrimoines, qui ne constitue pas un privilége dans le véritable sens du mot. Les règles concernant la conservation de ce droit de préférence sont exposées dans la matière des successions [42].

[41] C'est ce que dit positivement le second alinéa de l'art. 23 de la loi du 16 septembre 1807.

[42] Voy. à cet égard, § 619, texte n^os^ 4 et 5.

§ 280[1].

Du renouvellement décennal des inscriptions, et de leur péremption.

Les inscriptions hypothécaires doivent, pour conserver leur effet, être renouvelées dans les dix ans à compter du jour de leur date, faute de quoi elles se périment et perdent toute valeur. Art. 2154[2].

1° La disposition de cet article, générale d'après son texte comme d'après les motifs qui l'ont fait établir, s'applique à toutes les inscriptions indistinctement, soit qu'elles concernent des hypothèques conventionnelles ou judiciaires, soit qu'elles se rapportent à des priviléges ou à des hypothèques légales, et peu importe d'ailleurs qu'elles aient été requises par les créanciers ou en leur nom, ou qu'elles aient été effectuées d'office par le conservateur des hypothèques.

La nécessité du renouvellement existe, notamment pour les inscriptions prises d'office, en vertu, soit de l'article 2108 du Code Napoléon[3], soit de l'article 7 de la loi du 5 septembre

[1] Le § 279 a été fondu dans le § 267.

[2] La Section de législation du Conseil d'État avait proposé, contre l'opinion de la Commission de rédaction, d'abandonner la règle du renouvellement décennal, établie par l'art. 23 de la loi du 11 brumaire an VII, et de laisser aux inscriptions hypothécaires leur effet pendant tout le temps que durerait, soit l'action personnelle contre le débiteur, soit, le cas échéant, l'action hypothécaire contre le tiers détenteur; mais cette proposition, quoique parfaitement conforme à la nature de l'hypothèque et aux principes généraux du Droit, fut rejetée par le motif qu'elle présenterait de grands inconvénients dans la pratique. En effet, comme l'action personnelle contre le débiteur, et même l'action hypothécaire contre les tiers détenteurs, sont susceptibles de se prolonger indéfiniment par suite d'actes interruptifs ou de causes de suspension de la prescription, les conservateurs eussent été obligés, pour délivrer des extraits hypothécaires, de consulter une longue série de registres, dans lesquels il leur eût été difficile de se retrouver; et les erreurs ou omissions, qu'ils eussent été inévitablement exposés à commettre, auraient non-seulement engagé trop gravement leur responsabilité, mais même ébranlé les garanties du système hypothécaire. *Discussion au Conseil d'État sur l'art. 2154* (Locré, *Lég.*, XVI, p. 277, n° 7).

[3] Avis du Conseil d'État des 15 décembre 1807-22 janvier 1808. Persil, *Quest. hyp.*, chap. VI, § 7. Troplong, I, 286 et suiv.; et *De la transcription*, n° 294. Duranton, XX, 173. Dutruc, Sir., 64, 1, 57, à la note. Caen, 12 février 1812, Sir., 12, 2, 290. Req. rej., 27 avril 1826, Sir., 26, 1, 374. Toulouse, 23 mars 1829, Sir., 30, 2, 182. Rennes, 18 juin 1829, Sir., 32, 2, 151. Aix, 27 juillet 1846, Sir., 46, 2, 443. Paris, 30 novembre 1860, Sir., 61, 2, 29. Civ. rej., 2 décembre 1863, Sir., 64, 1, 57. Cpr. encore les arrêts cités à la note 35 *infra*.

1807[4]. Elle s'applique de même aux inscriptions ayant pour objet les droits d'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs et des interdits, en ce sens que les maris et les tuteurs sont tenus, sous les peines portées en l'art. 2136, de les renouveler dans les dix ans de leur date[5], et que, depuis la loi du 23 mars 1855[6], les femmes devenues veuves, les mineurs devenus majeurs, et les interdits relevés de l'interdiction, ou leurs héritiers, sont obligés, pour conserver l'effet des inscriptions prises dans leur intérêt pendant le mariage ou la tutelle, de les renouveler avant l'expiration de dix ans à compter du jour de leur date[7].

Enfin, la nécessité du renouvellement a lieu pour l'inscription

Voy. en sens contraire : Pont, nº 274 ; Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, nº 367 ; Flandin, *De la transcription*, II, 1104 à 1106 ; Mourlon, *De la transcription*, II, 694 et 695. Pour la réfutation de l'opinion de ces derniers auteurs, nous renverrons d'abord à l'avis précité du Conseil d'État, qui décide formellement que l'inscription prise d'office par le conservateur, en vertu de l'art. 2108, doit être renouvelée par le créancier intéressé. Nous ajouterons que la disposition de cet article, qui déclare le conservateur responsable de l'omission de l'inscription d'office, indique nettement que, dans la pensée du législateur, le privilége du vendeur ne reçoit sa publicité que par sa description sur le registre des inscriptions, et que les tiers intéressés à savoir si un immeuble est ou non grevé d'un pareil privilége, n'ont à consulter que ce dernier registre, et nullement, comme on le prétend, celui des transcriptions. Dans le système que nous combattons, les tiers, induits en erreur par le défaut de renouvellement de l'inscription d'office, seraient non-seulement primés par le vendeur, mais encore privés de tout recours contre le conservateur. Or un pareil résultat nous semble en contradiction manifeste avec l'esprit de la loi.

[4] L'art. 23 de la loi du 11 brumaire an VII avait dispensé de la nécessité du renouvellement, les inscriptions relatives aux hypothèques légales du Trésor, des mineurs ou interdits, et des femmes mariées, en ce sens que ces inscriptions conservaient leur effet jusqu'à l'apurement définitif des comptes et six mois au delà, ou pendant tout le temps du mariage et une année après. Le Code Napoléon, n'ayant pas reproduit ces exceptions, les a par cela même écartées. Avis du Conseil d'État des 15 décembre 1807-22 janvier 1808.

[5] Voy. la note précédente et l'avis du Conseil d'État qui y est cité.

[6] Jusqu'à la promulgation de la loi de 1855, les femmes devenues veuves, les mineurs devenus majeurs, et les interdits relevés de l'interdiction, ou leurs successeurs, étaient dispensés de la nécessité de renouveler les inscriptions prises durant le mariage et la tutelle, comme ils l'étaient de la nécessité de prendre, dans un délai déterminé, de premières inscriptions. Cpr. § 269, texte nº 2, lett. *b*. Avis du Conseil d'État des 5-8 mai 1812.

[7] Il est entendu que de nouvelles inscriptions, requises dans l'année de la cessation de la tutelle ou de la dissolution du mariage, assureraient aux hypothèques légales dont il s'agit l'effet que leur accorde l'art. 2135, malgré la péremption des inscriptions qui auraient été prises durant le mariage ou la tutelle.

de l'hypothèque légale de la femme mariée, qu'un créancier subrogé à cette hypothèque a requise à son profit, ou en marge de laquelle il a fait mentionner sa subrogation [8].

2° Les inscriptions restent soumises à renouvellement aussi longtemps qu'elles n'ont pas produit leur effet légal, quels que soient d'ailleurs les changements survenus, soit dans la condition des créanciers ou des débiteurs, soit dans la possession des immeubles grevés [9].

Une inscription ne peut, sauf le cas de paiement effectif et valable de la créance, et celui de cession de biens [10], être reputée avoir produit son effet légal, tant que les immeubles grevés restent dans les mains du débiteur, ou du tiers qui les a hypothéqués.

Ni la faillite du débiteur hypothécaire, ni la vacance ou l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire, non plus que la saisie des immeubles hypothéqués, même suivie de dénonciation aux créanciers, ne suffiraient pour faire considérer l'inscription comme ayant produit son effet légal, et par suite, pour faire cesser la nécessité du renouvellement [11].

[8] Cpr. § 288 *bis*; et note 39 *infra*.

[9] On est généralement d'accord sur le principe ainsi énoncé : mais il règne de grandes dissidences d'opinion sur le point de savoir quand une inscription est à considérer comme ayant produit son effet légal.

[10] Voy. § 587, texte et note 5. Cpr. aussi § 272, texte n° 3, notes 21 et 22.

[11] La raison en est facile à saisir : c'est qu'aucun des événements ou actes mentionnés au texte n'a pour conséquence d'attribuer aux créanciers inscrits un droit individuel et déterminé sur le prix de l'immeuble, avantage que l'inscription a précisement pour objet de leur procurer. Que si la faillite du débiteur, la vacance ou l'acceptation bénéficiaire de sa succession fixent les droits respectifs des créanciers, en ce que l'un des deux ne peut plus améliorer sa position au détriment de celle des autres, il n'en résulte nullement que leurs droits ne puissent être atteints par des déchéances quelconques, et notamment par la péremption des inscriptions. 1° Pour le cas de faillite, voy. dans le sens de notre opinion : Grenier, I, 114; Troplong, III, 660 *bis*; Duranton, XX, 168; Renouard, *Des faillites*, I, p. 496; Pont, n° 1054; Baudot, n° 880; Demangeat, sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 288, à la note; Civ. rej., 17 juin 1817, Sir., 17, 1, 287; Limoges, 26 juin 1820, Sir., 21, 2, 57; Caen, 19 février 1825, Sir., 25, 2, 321; Rouen, 30 mai 1825, Sir., 26, 2, 65; Civ. rej., 15 décembre 1829, Sir., 30, 1, 62; Paris, 19 août 1841, Sir., 41, 2, 589; Civ. rej., 2 décembre 1863, Sir., 64, 1, 57. Voy. en sens contraire, pour ce cas : Persil, sur l'art. 2154, n° 7; Pardessus, *Cours de Droit commercial*, IV, 1123; Paris, 7 juillet 1811, Sir., 11, 2, 487; Paris, 9 mars 1812, Sir., 12, 2, 408; Paris, 7 décembre 1831, Dalloz, 1832, 2, 77. 2° Pour le cas de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de la succession du débiteur, voy. dans le sens de la proposition énoncée au texte : Bordeaux, 15 décembre 1826, Sir., 27,

Mais ce résultat peut, indépendamment de tout paiement effectif et valable, se présenter en cas d'aliénation des immeubles hypothéqués. A cet égard, il convient de distinguer entre l'expropriation forcée, l'expropriation pour cause d'utilité publique, et la vente volontaire.

Au cas d'adjudication par suite de saisie immobilière, l'inscription est à considérer comme ayant produit son effet légal à partir du jugement d'adjudication; et dès ce moment les créanciers sont dispensés de renouveler leurs inscriptions, non-seulement dans leurs rapports avec l'adjudicataire, mais encore dans leurs rapports les uns à l'égard des autres [12].

L'avantage ainsi acquis aux créanciers subsisterait dans le cas même où l'adjudication viendrait à être suivie de surenchère [13], et

2, 221; Civ. rej., 29 juin 1830, Sir., 30, 1, 253. Voy. en sens contraire, pour le même cas : Rouen, 18 mars 1820, Sir., 25, 2, 321. 3° Pour le cas de saisie, voy. Civ. cass., 31 janvier 1821, Sir., 21, 1, 180; Req. rej., 9 août 1821, Sir., 22, 1, 38; Req. rej., 18 août 1830, Sir., 31, 1, 174.

[12] Avant la loi du 23 mars 1855, il était généralement admis par la doctrine et par la jurisprudence, que l'inscription devait être considérée comme ayant produit son effet légal à partir du jugement même d'adjudication. Cette solution trouvait sa justification dans le double motif, que ce jugement arrêtait le cours des inscriptions, et qu'il constituait l'adjudicataire débiteur personnel et direct des créanciers. Voy. Grenier, I, 108; Troplong, III, 717; Duranton, XX, 163; Req. rej., 7 juillet 1829, Dalloz, 1829, 1, 290; Req. rej., 14 juin 1831, Sir., 31, 1, 357; Bordeaux, 24 février 1831, Sir., 31, 2, 147; Angers, 4 janvier 1834, Sir., 34, 2, 172. Voy. cep. Tarrible, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 8 *bis*, n° 5. Mais aujourd'hui que le jugement d'adjudication n'arrête plus par lui-même le cours des inscriptions, et que cet effet n'est attaché qu'à la transcription de ce jugement, le premier de ces motifs n'existe plus, et l'on a voulu conclure de là que la nécessité du renouvellement ne cesse qu'à partir de la transcription du jugement d'adjudication. Voy. en ce sens : Troplong, *De la transcription*, n° 272; Olivier et Mourlon, n° 235. Cette opinion ne paraît pas devoir être suivie. En effet, aujourd'hui comme autrefois, l'adjudicataire devient, par l'effet même du jugement d'adjudication, et en vertu d'un véritable contrat judiciaire, débiteur direct de son prix envers les créanciers inscrits à ce moment. Si de nouvelles inscriptions peuvent être prises jusqu'à la transcription du jugement d'adjudication, il n'en résulte pas que ces créanciers aient besoin de renouveler leurs propres inscriptions pour conserver un droit qui leur était irrévocablement acquis. Cpr. Pont, n° 1056.

[13] La surenchère n'empêche pas que l'immeuble hypothéqué ne se trouve de fait réalisé pour le compte des créanciers, auxquels elle profitera en leur procurant un prix plus élevé; elle les laisse, soit entre eux, soit vis-à-vis de l'adjudicataire définitif, dans la situation où le jugement d'adjudication les avait placés. Cela ne paraît pas contestable pour le cas où l'adjudicataire, momentanément

dans celui où, à défaut de paiement du prix par l'adjudicataire, les immeubles expropriés seraient revendus à sa folle enchère[14]. Mais il disparaîtrait complétement, si le jugement d'adjudication était annulé ou infirmé sur appel.

Lorsque l'immeuble hypothéqué vient à être exproprié pour cause d'utilité publique, l'inscription doit être considérée comme ayant produit son effet légal à l'expiration de la quinzaine qui suit la transcription du jugement d'expropriation. Mais elle reste jusque-là soumise à la nécessité du renouvellement[15].

La vente volontaire de l'immeuble hypothéqué et la transcription de l'acte qui la constate ne suffisent pas pour faire considérer les inscriptions comme ayant produit leur effet légal à dater de cette transcription[16]. Il en est même ainsi des ventes faites en justice, et

écarté par la surenchère, se rend adjudicataire définitif; et, au cas contraire, il sera toujours vrai de dire que le nouvel adjudicataire se trouve, au regard et dans l'intérêt des créanciers, substitué aux obligations du premier adjudicataire. Nous ne voyons donc pas de raison solide pour imposer aux créanciers la nécessité de renouveler, dans l'éventualité d'une surenchère, leurs inscriptions, même après le jugement d'adjudication. On objecte que la surenchère fait disparaître la première adjudication, dont il ne doit plus être tenu aucun compte. Mais cette objection, que nous n'admettons pas en principe, et en tant qu'on voudrait attribuer à la surenchère l'effet d'une véritable et complète résolution, porte à faux en ce qui concerne la question qui nous occupe, pour la solution de laquelle il faut se placer au point de vue que nous avons indiqué. Cpr. les arrêts cités à la note 20 *infra*. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 720 ; Pont, n° 1057.

[14] Arg. art. 779 du Code de proc. Troplong, III, 721 et 722. Martou, III, 1158. Voy. en sens contraire : Pont, n° 1057. Comment cet auteur n'a-t-il pas été frappé de la considération, que l'inexécution des engagements contractés par l'adjudicataire ne saurait avoir pour résultat de priver tels ou tels des créanciers de droits qui leur étaient acquis vis-à-vis des autres ?

[15] A la différence de ce qui a lieu en matière d'expropriation forcée, l'État, ou toute autre personne qui poursuit une expropriation pour cause d'utilité publique, ne contracte, par l'effet même du jugement d'expropriation, aucune obligation personnelle et directe envers les créanciers inscrits au moment où il est rendu, puisque, restés complétement étrangers à la procédure qui a précédé le jugement, ces créanciers ne peuvent l'invoquer comme formant un contrat judiciaire à leur profit. On ne peut donc pas dire que leurs inscriptions aient produit dès ce moment leur effet légal. La conclusion contraire doit même se tirer de l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841, duquel il résulte virtuellement que la personne sur la provocation de laquelle le jugement d'expropriation a été rendu, se trouve valablement libérée par le paiement de l'indemnité entre les mains des créanciers portés sur l'état d'inscriptions levé à la date de l'expiration du délai de quinzaine, état dans lequel le conservateur n'a pas à comprendre les inscriptions remontant à plus de dix ans antérieurement à cette date.

[16] Grenier, I, 112. Duranton, XX, 167. Taulier, VII, p. 354. Pont, n° 1059.

spécialement de l'adjudication sur licitation ordonnée par jugement.

En matière de vente volontaire, la nécessité du renouvellement incombe même au créancier qui, sur l'opposition formée par le tiers détenteur à la sommation faite en vertu de l'art. 2169, a obtenu un jugement condamnant celui-ci à payer ou à délaisser[17]. Elle existe également pour le créancier qui s'est lui-même rendu acquéreur de l'immeuble affecté à sa créance, aussi longtemps du moins qu'il n'a pas rempli les formalités de la purge[18], ainsi que pour le tiers acquéreur qui a désintéressé des créanciers hypothécaires, en ce sens qu'il doit, pour s'assurer l'effet de la subrogation dans leurs droits d'hypothèque, renouveler en temps utile les inscriptions qu'ils ont prises[19].

Mais les inscriptions grevant l'immeuble vendu doivent être considérées comme ayant produit leur effet, tant dans les rapports respectifs des créanciers entre eux, que dans leurs rapports avec l'acquéreur, et se trouvent ainsi dispensées de la nécessité du renouvellement, du moment où ce dernier a fait la notification prescrite par l'art. 2183, avec offre de payer son prix d'acquisition[20].

Civ. rej., 15 décembre 1829, Sir., 30, 1, 62. Paris, 24 mars 1860, Sir., 60, 2, 235.

[17] Un pareil jugement ne confère au créancier qui l'a obtenu, aucun droit de préférence sur le prix, et ne crée même pas à son profit, contre le tiers détenteur, une action personnelle susceptible de survivre à l'action hypothécaire. Pont, n° 1062. Civ. rej., 3 février 1824, Sir., 24, 1, 190. Civ. cass., 31 janvier 1854, Sir., 54, 1, 188. Cpr. Toulouse, 19 mars 1861, Sir., 62, 2, 280.

[18] Le créancier qui, devenu acquéreur de l'immeuble hypothéqué, a négligé de renouveler son inscription, ne pourrait, pour se soustraire aux conséquences de la péremption, se prévaloir d'une compensation opérée entre sa créance et le prix dont il est débiteur. Les conditions de la compensation feraient complétement défaut en pareil cas. Cpr. § 326, texte *in fine* et note 28. Mais il est bien entendu que son inscription devra, tout aussi bien que celles des autres créanciers, être considérée comme ayant produit son effet, du moment qu'il aura fait les notifications prescrites par les art. 2183 et 2184. Persil, sur l'art. 2154, n° 8. Troplong, III, 726 *bis*. Martou, III, 1168. Pont, n° 1054. Req. rej., 5 février 1828, Sir., 28, 1, 142. Req. rej., 1er mai 1828, Sir., 28, 1, 301. Grenoble, 10 mai 1832, Sir., 32, 408. Paris, 21 août 1862, Sir., 62, 2, 545.

[19] Dans cette hypothèse encore, l'acquéreur ne serait pas fondé à invoquer une compensation entre sa dette personnelle et les créances qu'il a acquittées. Il ne pourrait pas davantage se prévaloir de l'extinction proportionnelle de sa dette par l'effet de la confusion dans sa personne de la double qualité de créancier et de débiteur. Rouen, 30 mai 1825, Sir., 26, 2, 221.

[20] Il est aujourd'hui généralement reconnu que cette notification, qui emporte, de la part de l'acquéreur, l'obligation personnelle de payer son prix aux créan-

La circonstance qu'un tiers serait, par suite de surenchère, devenu adjudicataire de l'immeuble hypothéqué, ne priverait pas les créanciers de l'avantage qui leur était acquis, et n'entraînerait pas la péremption des inscriptions non renouvelées [21].

ciers en ordre de le recevoir, en vertu d'une hypothèque valable et efficace au moment où elle est faite, les dispensent par cela même en principe de renouveler leurs inscriptions. Mais il s'est élevé de vives controverses sur la double question de savoir : 1° si cette dispense existe à partir du jour même de la notification, ou si, au contraire, elle n'a lieu qu'à compter de l'expiration du délai de quarante jours, accordé aux créanciers pour l'exercice du droit de surenchérir ; 2° si la dispense de renouvellement continue de subsister malgré la survenance d'une surenchère. A notre avis, la solution de la première de ces questions dépend entièrement de celle de la seconde, en ce que, dans le système qui maintient la dispense de renouvellement, même au cas de surenchère formée dans les quarante jours, il y aurait inconséquence à ne faire courir la dispense que de l'expiration de ce délai, et en ce que, dans le système contraire, il serait peu logique de faire remonter la dispense à une date antérieure à l'expiration du délai de surenchère. Or, comme dans notre opinion la surenchère n'apporte, au point de vue qui nous occupe, aucun changement à la position des créanciers, nous n'hésitons pas à décider qu'ils se trouvent dispensés de la nécessité de renouveler leurs inscriptions, par l'effet immédiat de la notification faite à la requête de l'acquéreur, et à compter du jour même de sa date. Voy. en ce sens : Grenier, I, 112 ; Duranton, XX, 167 ; Taulier, VII, p. 354 ; Paris, 29 août 1815, Sir., 16, 2, 175 ; Bordeaux, 10 juillet 1823, Sir., 23, 2, 246 ; Montpellier, 30 juillet 1827, Sir., 27, 2, 211 ; Lyon, 16 février 1830, Sir., 31, 2, 292 ; Civ. rej., 1er juillet 1834, Sir., 34, 1, 504 ; Req. rej., 21 mars 1848, Sir., 48, 1, 273 ; Bourges, 20 novembre 1852, Dalloz, 1855, 2, 27. Voy. dans le sens de l'opinion qui ne fait cesser la nécessité du renouvellement qu'à partir de l'expiration du délai de surenchère : Troplong, III, 723 ; Martou, III, 1165 ; Pont, n° 1060 ; Paris, 16 janvier 1840, Sir., 40, 2, 129.

[21] L'opinion contraire se fonde sur ce que la surenchère opère la résolution *ex tunc* du contrat de l'acquéreur, d'où l'on conclut, qu'elle fait disparaître, d'une manière absolue et avec toutes ses conséquences, la notification et l'offre faites par l'acquéreur. Mais cette conclusion, exacte en ce sens, que l'acquéreur se trouve dégagé de toute obligation envers les créanciers, tombe, s'il est permis de s'exprimer ainsi, à côté de la question qu'il s'agit de résoudre. L'accomplissement des formalités de la purge est un fait que la surenchère ne saurait faire disparaître, ni en soi, ni dans ses conséquences légales pour les créanciers. L'offre du prix, faite à ces derniers, constitue pour eux un avantage ou un droit irrévocable, en ce qu'elle sera nécessairement réalisée, soit par l'acquéreur lui-même, soit par le surenchérisseur ; et ici encore nous dirons, comme pour la surenchère après adjudication sur expropriation forcée, que la surenchère ne fait que substituer un nouvel acquéreur au premier, et assure de plus en plus les droits des créanciers, en augmentant le montant de la somme à distribuer. Grenier, I, 112. Persil, sur l'art. 2154, nos 4 et 5. Paris, 21 février 1825, Sir., 26, 2, 33. Civ. rej., 30 mars 1831, Sir., 31, 1, 343. Dijon, 13 août 1855,

Du reste, les créanciers hypothécaires ne peuvent, au cas où l'aliénation, soit volontaire soit forcée, des immeubles grevés, a été suivie d'une revente, conserver le droit de suite à l'encontre des sous-acquéreurs, et le droit de préférence vis-à-vis des créanciers personnels de ces derniers, qu'à la condition du renouvellement, en temps utile, de leurs inscriptions[22]. Il en serait ainsi, alors même qu'ils auraient déjà obtenu des bordereaux de collocation sur l'acquéreur ou l'adjudicataire originaire[23].

3° Le délai de dix ans, fixé pour le renouvellement des inscriptions, doit se supputer d'après la règle générale, *Dies termini a quo non computatur in termino*[24]. Ainsi l'on ne fait pas entrer en calcul le jour auquel l'inscription a été prise; mais on y comprend le jour de l'expiration du délai (*dies ad quem*), en ce sens que ce

Sir., 55, 2, 618. Civ. rej., 19 juillet 1858, Sir., 59, 1, 23. Voy. en sens contraire: Duranton, XX, 167; Troplong, III, 726; Martou, III, 1165. Voy. aussi: Toulouse, 30 juillet 1835, Sir., 36, 2, 156; Colmar, 27 avril 1853, Sir., 53, 2, 572; Paris, 24 mars 1860, Sir., 60, 2, 235. Cpr. encore: Grenoble, 12 mai 1824, Sir., 25, 2, 184; Bordeaux, 17 mars 1828, Sir., 28, 2, 179.

[22] La dispense de renouvellement résultant, soit du jugement d'adjudication sur expropriation, soit de l'accomplissement des formalités de la purge, n'est que relative, et ne s'applique, d'après la nature même de la cause qui la produit, qu'aux rapports des créanciers avec l'adjudicataire ou l'acquéreur, et à leurs rapports les uns à l'égard des autres. Étendre cette dispense même au droit de suite contre des sous-acquéreurs ou leurs créanciers personnels, ce serait admettre un effet dépassant sa cause. Troplong, III, 722. Req. rej., 21 mars 1848, Sir., 48, 1, 273. Voy. aussi les autorités citées à la note suivante. Voy. en sens contraire: Duranton, XX, 166.

[23] De pareils bordereaux de collocation ne confèrent, en effet, aux créanciers hypothécaires qui les ont obtenus, aucune action personnelle et directe contre les sous-acquéreurs. Chauveau, sur Carré, *Quest.*, 2608 *quarto*. Seligmann, *Des saisies immobilières*, n° 546. Paris, 16 avril 1832, Sir., 32, 2, 493. Bourges, 21 février 1837, Sir., 38, 2, 62. Cpr. Paris, 12 novembre 1836, Sir., 37, 2, 148; Civ. rej., 17 mai 1859, Sir., 59, 1, 577. Voy. en sens contraire: Toulouse, 18 juin 1830, 19 avril 1839, et 4 mars 1864, Sir., 30, 2, 364, 39, 2, 429, et 64, 2, 104. Sauf leur action personnelle contre le débiteur de leurs bordereaux de collocation, il ne resterait aux créanciers hypothécaires, déchus du droit de suite faute de renouvellement de l'inscription en temps utile, d'autre ressource que d'exercer, en vertu de l'art. 1166, du chef de leur débiteur, vendeur originaire ou partie saisie, et selon les cas, soit l'action en résolution, soit le privilége compétent à ce dernier, à supposer que ces droits aient été dûment conservés. Orléans, 18 novembre 1836, Sir., 37, 2, 144.

[24] Cpr. § 49, note 14. Vazeille, *Des prescriptions*, 1, 517. Pont, n° 827. Flandin, *De la transcription*, II, 1022 et 1138. Civ. cass., 20 janvier 1863, Sir., 63, 1, 11. Rouen, 12 décembre 1862, et 20 mai 1863, Sir., 63, 2, 147.

jour est le dernier utile pour opérer le renouvellement. Il en résulte, par exemple, qu'une inscription prise le 1er juin 1853 a pu être utilement renouvelée le 1er juin 1863, mais qu'elle se serait trouvée frappée de péremption, si le renouvellement n'en avait eu lieu que le 2 juin[25]. La règle que le *dies ad quem* est le dernier jour utile, reçoit son application dans le cas même où le délai expire un jour férié[26].

Les événements qui, tels que la faillite, l'acceptation bénéficiaire ou la vacance d'une succession, forment obstacle à ce qu'une première inscription puisse être prise d'une manière complétement efficace, ne s'opposent nullement au renouvellement d'une inscription prise antérieurement[27].

4° Le renouvellement des inscriptions doit en général être provoqué par les créanciers ou, en leur nom, par les personnes chargées de veiller à leurs intérêts. Le conservateur des hypothèques n'est tenu de renouveler, ni les inscriptions prises d'office en vertu de l'art. 2108, ni même celles qui l'ont été dans l'intérêt du Trésor public sur les biens des comptables[28].

[25] Grenier, I, 107. Sirey, *Dissertation*, Sir., 22, 2, 217. Troplong, III, 714. Martou, III, 1141. Pont, n° 1093. Limoges, 3 juillet 1824, Sir., 26, 2, 174. Caen, 19 février 1825, Sir., 26, 2, 65. Req. rej., 5 avril 1825, Sir., 26, 1, 152. Bordeaux, 23 janvier 1826, Dalloz, 1826, 2, 199. Nîmes, 7 mars 1826, Dalloz, 1826, 2, 209. Riom, 8 avril 1843, Sir., 43, 2, 370. Deux autres opinions se sont produites sur le mode de supputation du délai dont il s'agit. D'après la première, il faudrait comprendre dans le délai, non-seulement le *dies ad quem*, mais même le *dies a quo*, de telle sorte que, dans l'exemple donné au texte, le renouvellement aurait dû avoir lieu au plus tard le 31 mai. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 8 *bis*, n° 1, et *Quest.*, v° Délai, n° *4 bis ;* Duranton, XX, 160; Colmar, 30 juillet 1813, Sir., 15, 2, 23; Toulouse, 2 janvier 1841, Sir., 41, 2, 465. D'après la seconde, au contraire, il ne faudrait comprendre dans le calcul, ni le jour *a quo*, ni même le jour *ad quem*, de telle sorte qu'une inscription prise le 1er juin 1853 aurait pu être utilement renouvelée le 2 juin 1863. Voy. en ce sens : Persil, sur l'art. 2154, n° 8 ; Delvincourt, III, p. 253 ; Paris, 25 mai 1814, Sir., 15, 2, 228. Ces deux opinions, contraires à la règle générale sur la supputation des délais, ne se justifient point par le texte de l'art. 2154, qui, en employant la formule *pendant dix années, à compter du jour de leur date*, s'en est évidemment référé à cette règle.

[26] Cpr. § 49, texte et note 16. Pont, n° 1040. Riom, 8 avril 1843, Sir., 43, 2, 370. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2154, n° 8 ; Grenier, I, 107.

[27] Mourlon, *De la transcription*, II, 638. Demangeat, sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 288, à la note.

[28] Avis du Conseil d'État des 15 décembre 1807-22 janvier 1808.

Le renouvellement peut être valablement fait au nom du créancier originaire, alors même qu'il est décédé, ou qu'il a transporté la créance à un tiers[29].

La personne qui requiert le renouvellement d'une inscription n'est pas tenue de représenter de nouveau au conservateur le titre en vertu duquel elle a été prise[30].

D'un autre côté, il n'est pas absolument indispensable que l'inscription prise en renouvellement contienne toutes les énonciations et indications exigées par les art. 2148 et 2153, lorsque d'ailleurs l'inscription qu'elle a pour objet de maintenir, y est indiquée ou rappelée d'une manière tellement précise, qu'il est impossible de se méprendre sur cette inscription, qui sert alors de complément à la nouvelle[31].

Mais alors même que la nouvelle inscription réunit tous les éléments requis par les art. 2148 et 2153, elle doit, pour conserver à l'hypothèque son rang primitif, énoncer, sinon explicitement, du moins implicitement[32], qu'elle est prise en renouvellement d'une inscription précédente. A défaut de toute énonciation ou indication de cette nature, la nouvelle inscription ne vaudrait que comme inscription première[33].

[29] Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 2, art. 10; n° 1. Troplong, I, 363. Duranton, XX, 95. Grenier, I, 74. Req. rej., 4 avril 1811, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 1, 319.

[30] Merlin, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 8 *bis*, n° 15. Troplong, III, 715. Pont, n° 1051. Civ. cass., 14 avril 1817, Sir, 17, 1, 206. Paris, 27 décembre 1831, Sir., 32, 2, 49.

[31] Le vœu de la loi se trouvera par là même complétement rempli. Troplong, III, 715. Pont, n° 1052. Civ. cass., 22 février 1825, Sir., 25, 1, 178. Grenoble, 9 janvier 1827, Sir., 27, 2, 216. Agen, 7 février 1861, Sir., 61, 2, 449. Metz, 22 janvier 1862, Sir., 62, 2, 380. Cpr. aussi Duranton XX, 169. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Insc. hyp., § 8 *bis*, n° 12; Grenier, I, 117; Persil, sur l'art. 2154, n° 11; Martou, III, 1146. D'après ces auteurs, l'inscription prise en renouvellement devrait, à peine de nullité, contenir toutes les formalités substantielles exigées pour une inscription première. Voy. aussi en ce sens : Civ. rej., 14 janvier 1818, Sir., 18, 1, 300.

[32] Cpr. Civ. rej., 3 février 1819, Sir., 19, 1, 245; Montpellier, 26 février 1852, Sir., 55, 2, 26.

[33] Il serait contraire au principe essentiel de la publicité qu'une inscription pût conférer à l'hypothèque qui en fait l'objet, un rang antérieur à sa date, alors que rien n'annoncerait aux tiers qu'elle n'est que la continuation ou la reproduction d'une inscription précédente. Merlin, *Rép.*, v° Insc. hyp., § 8, n° 11. Grenier, I, 117 et 240. Duranton, XX, 169. Pont, n° 1053. Baudot, n° 813. Req. rej., 14 juin 1831, Sir., 31, 1, 357. Civ. cass., 29 août 1838, Sir., 38, 1,

5° Le renouvellement, effectué en temps utile, conserve à l'inscription originaire toute son efficacité, pendant un nouveau délai de dix ans à dater du jour où il a eu lieu, et met le créancier en position de pouvoir, au moyen de renouvellements ultérieurs, opérés chaque fois dans les dix ans à partir de la date de la dernière inscription, prolonger indéfiniment la force et les effets de la première.

Le défaut de renouvellement d'une inscription équivaut au défaut d'inscription première, et emporte les mêmes conséquences, mais n'en entraîne pas de plus préjudiciables. Pour le développement de ce principe, il convient de l'appliquer séparément aux hypothèques dont l'efficacité est nécessairement subordonnée à la condition d'une inscription, aux priviléges, et enfin aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits.

Lorsqu'il s'agit, soit d'une hypothèque conventionnelle ou judiciaire, soit d'une hypothèque légale autre que celles des femmes mariées, des mineurs, ou des interdits, le défaut de renouvellement de l'inscription prise par le créancier ou en son nom, entraîne toujours la perte du rang qui y était attaché. Il entraîne même la déchéance du droit de suite, et par conséquent la perte du droit hypothécaire lui-même, si le créancier ne se trouve plus dans les délais pendant lesquels une première inscription peut être valablement prise[34]. Au cas contraire, celui-ci est admis à prendre une seconde inscription, qui produira, du jour de sa date, tous les effets que produirait une première inscription.

769. Lyon, 10 janvier 1844, Sir., 44, 2, 208. Req. rej., 25 janvier 1853, Sir., 53, 1, 423. Agen, 22 janvier 1861, Sir., 61, 2, 538. Civ. cass., 16 février 1864, Sir., 64, 1, 289. Voy. en sens contraire : Limoges, 14 avril 1848, Sir., 48, 2, 539; Troplong, III, 715. Le savant magistrat estime que le rappel de l'inscription originaire n'est pas indispensable, parce que les créanciers inscrits dès avant le renouvellement de cette dernière, ont su qu'ils étaient primés par le créancier à qui elle appartenait, et que les créanciers inscrits seulement depuis le renouvellement, sont primés en vertu de l'inscription renouvelée, aussi bien qu'ils le seraient en vertu de l'inscription originaire. Ce raisonnement part d'une supposition erronée : si le créancier qui prend une inscription peut connaître les inscriptions antérieures, il ne les connaît pas toujours de fait ; et en réalité les tiers se trouveraient, dans le système que nous combattons, exposés à des erreurs et à des mécomptes. Ce système supposerait d'ailleurs que le conservateur n'est pas dispensé de rechercher les inscriptions antérieures à dix ans ; et une pareille supposition, contraire au but du renouvellement, ferait précisément naître les inconvénients que le législateur a voulu éviter.

[34] Civ. rej., 2 décembre 1863, Sir., 64, 1, 57.

Les mêmes propositions s'appliquent en général aux priviléges, que l'inscription exigée pour leur conservation doive être requise ou non dans un délai déterminé, avec cette réserve toutefois, en faveur du privilége du vendeur, que la péremption de la première inscription n'y préjudicie en aucune manière, lorsqu'une nouvelle inscription est prise avant l'expiration des délais indiqués au § 272[35].

Quant aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs, ou des interdits, le défaut de renouvellement, pendant le mariage ou la tutelle, d'inscriptions prises en conformité des art. 2136 et suiv., ne porte aucune atteinte à ces hypothèques, qui continuent de jouir des prérogatives qu'y attache l'art. 2135[36].

Il en est de même des inscriptions qui, au cas d'aliénation d'immeubles appartenant au mari ou au tuteur, ont été prises dans le délai de deux mois, à partir de l'accomplissement des formalités relatives à la purge spéciale des hypothèques légales non inscrites. Le défaut de renouvellement de ces inscriptions n'entraîne, tant que durent le mariage ou la tutelle, l'extinction des hypothèques des femmes mariées, des mineurs, ou des interdits, ni au regard des autres créanciers du mari ou du tuteur, ni même au profit des tiers acquéreurs et de leurs créanciers ou sous-acquéreurs[37].

[35] Paris, 24 mars 1817, Sir., 18, 2, 19. Paris, 20 février 1834, Sir., 34, 2, 160. Paris, 8 mars 1843, Sir., 43, 2, 193. Req. rej., 23 décembre 1845, Sir., 47, 1, 159. Besançon, 14 décembre 1861, Sir., 62, 2, 129. Poitiers, 18 juillet 1864, Sir., 64, 2, 182.

[36] Avant la loi du 23 mars 1855, la dispense de renouvellement d'inscriptions prises pendant le mariage ou la tutelle, se continuait, sans limitation spéciale de temps, après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, au profit de la femme devenue veuve, du mineur devenu majeur, ou de l'interdit relevé de l'interdiction, et de leurs héritiers ou successeurs même particuliers. Avis du Conseil d'État des 5-8 mars 1812. Civ. rej., 21 août 1833, Sir., 33, 1, 612. Cpr. § 269, texte nº 2, lett. *b*.

[37] L'inscription prise dans le délai de deux mois fixé par l'art. 2195, a pour effet immédiat d'empêcher que l'acquéreur ne puisse se libérer au préjudice des droits de la femme, du mineur, ou de l'interdit, et aucune disposition de la loi ne subordonne la durée ou le maintien de cet effet au delà de dix ans, à la condition du renouvellement de l'inscription. Le législateur n'a pas voulu que des acquéreurs de bonne foi pussent devenir victimes de l'ignorance des hypothèques légales grevant les immeubles acquis; et c'est pour cela qu'il a organisé la procédure spéciale des art. 2193 et suivants, en attachant la déchéance au défaut d'inscriptions dans le délai fixé. Mais quand ces hypothèques se sont manifestées au moyen d'inscriptions prises dans ce délai, les acquéreurs sont avertis, et leurs intérêts pleinement sauvegardés. On dépasserait donc le but de la loi, et l'on se mettrait en opposition avec son esprit, en admettant, à côté de la dé-

Mais, depuis la loi du 23 mars 1855, le défaut de renouvellement, dans l'année à partir de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, d'inscriptions prises pendant le mariage ou la tutelle, en conformité, soit des art. 2136 et suiv., soit de l'art. 2195, fait perdre à la femme devenue veuve, au mineur devenu majeur, ou à l'interdit relevé de l'interdiction, le bénéfice du rang de faveur attaché à leurs hypothèques, et leur fait même encourir la déchéance de leurs droits hypothécaires, lorsqu'ils ne se trouvent plus en délai utile pour prendre une inscription valable [38].

D'un autre côté, le défaut de renouvellement, même pendant le mariage, d'une inscription prise sur les biens du mari, ferait perdre au créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme, le bénéfice de la saisine et du rang de sa subrogation, soit qu'il eût requis lui-même l'inscription, soit qu'il eût simplement fait mentionner sa subrogation en marge d'une inscription préexistante [39].

§ 281.

De la radiation des inscriptions.

1° La radiation d'une inscription est la déclaration par laquelle on fait connaître qu'elle est désormais à considérer comme non avenue. La radiation s'opère au moyen d'une annotation que le conservateur des hypothèques fait en marge de l'inscription, et dans laquelle il relate l'acte en vertu duquel elle a lieu [1].

chéance prononcée par l'art. 2194, la péremption établie par l'art. 2154. Metz, 14 juin 1837, Sir., 38, 2, 197. Grenoble, 8 août 1857, Sir., 57, 2, 479. Cpr. Civ. rej., 22 février 1841, Sir., 41, 1, 514. Voy. cep. Nancy, 28 juillet 1853, Sir., 53, 2, 574.

[38] Arg. art. 8 de la loi du 23 mars 1855. Pont, n° 1046.

[39] D'après l'art. 9 de la loi précitée, les créanciers subrogés à l'hypothèque légale d'une femme mariée ne jouissent plus, comme leur débitrice, de la faveur de la dispense d'inscription. Soumis à la loi commune de la publicité, ils sont tenus au renouvellement de l'inscription, nécessaire pour donner effet à leur subrogation vis-à-vis des tiers. Autrement on arriverait à dire que les tiers qui veulent contracter avec une femme, mariée depuis plus de dix ans, doivent consulter les registres antérieurs à cette période, et que le conservateur est tenu, sous sa responsabilité, de leur en délivrer des extraits; ce qui serait en opposition directe avec l'esprit et le but de l'art. 2154.

[1] L'inscription à rayer ne doit pas être matériellement effacée ou biffée. Elle continue de subsister intacte et entière sur le registre : le terme *radiation* n'est donc pas tout à fait adéquat.

Une inscription peut être rayée, soit du consentement du créancier ou de ses ayants-droit, soit en exécution d'un jugement, soit enfin en vertu de l'ordonnance du juge-commissaire, dans les cas prévus par les art. 751, 759 et 777 du Code de proc.[2] Art. 2157.

2° La capacité à l'effet de consentir la main-levée ou la radiation d'une hypothèque, se détermine par des principes différents, selon que la main-levée est, ou qu'elle n'est pas la conséquence du paiement même de la créance.

Le principe qui régit la première hypothèse est que toute personne capable de recevoir le paiement de la créance garantie par une inscription hypothécaire, et d'en donner valable décharge, jouit par cela même de la capacité nécessaire pour consentir, à la suite du paiement, la main-levée de cette inscription. C'est ainsi, par exemple, que la femme conventionnellement ou judiciairement séparée de biens d'avec son mari peut, en touchant le montant d'une créance, donner seule, et sans autorisation maritale, main-levée de l'inscription qui la garantissait[3]. C'est ainsi que, d'un autre côté, les personnes qui, à un titre quelconque, sont investies de l'administration, soit du patrimoine d'autrui, soit de valeurs communes ou sociales, et qui en leur qualité sont autorisées à toucher les créances soumises à leur administration, peuvent, en recevant le paiement de ces créances, consentir la radiation des inscriptions y relatives[4].

Il n'est pas nécessaire que l'acte de main-levée contienne lui-même la preuve du paiement, qui peut être constaté par une quittance séparée. Seulement le conservateur des hypothèques peut-il, en pareil cas, et doit-il, pour mettre sa responsabilité à couvert, exiger la production d'une quittance notariée[5].

Lorsque la possibilité de donner décharge d'une créance se

[2] Cpr. sur cette dernière cause de radiation : Grenier, II, 528; Civ. rej, 10 juin 1828, Sir., 28, 1, 242.

[3] Delvincourt, III, p. 182. Troplong, III, 738 *bis*. Duranton, XX, 190. Martou, III, 1189. Baudot, n° 905. Pont, n° 1077. Voy. encore les autorités citées à la note 54 du § 516.

[4] C'est ce qui a lieu, par exemple, pour le tuteur (De Freminville, *De la minorité*, I, 259. Demolombe, VII, 666), pour le liquidateur d'une société commerciale (Toulouse, 2 août 1861, Sir., 62, 2, 33), et pour chacun des associés dans une pareille société, à moins que l'acte qui l'a constituée, n'ait exclusivement attribué à l'un d'eux la gestion des affaires sociales (Pont, n° 1079. Req. rej., 19 août 1845, Sir., 45, 1, 707).

[5] Cpr. § 268, texte et notes 22 à 27.

trouve subordonnée à certaines formalités ou conditions, le créancier, eût-il d'ailleurs la disposition de ses biens, ne peut valablement et définitivement consentir la radiation de son inscription qu'après l'accomplissement de ces formalités ou conditions. C'est ainsi que le mineur devenu majeur ne peut consentir, au profit de son ancien tuteur, la main-levée de l'inscription de son hypothèque légale qu'après l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 472[6].

En ce qui concerne particulièrement la radiation des inscriptions relatives à des créances dotales de la femme mariée sous le régime de la dot, il est à remarquer que la main-levée d'une pareille inscription, même consentie à la suite de paiement, n'est valable qu'autant que le remboursement ne se trouvait pas soumis à remploi, et qu'ainsi le conservateur a intérêt à s'assurer que le contrat de mariage ne contient pas de clause de cette nature[7].

Des dispositions spéciales déterminent les règles à suivre pour la radiation, par suite de paiement, des inscriptions prises dans l'intérêt des communes, des départements, ou de l'État[8], ainsi que de celles qui concernent des établissements de bienfaisance[9].

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de faire rayer une inscription sans paiement préalable de la créance qui en forme l'objet, la capacité de consentir la main-levée dépend de celle de disposer de la créance même. Il en résulte que les simples administrateurs de la fortune d'autrui ne peuvent valablement consentir la radiation d'inscriptions relatives à des créances non encore payées[10]. Il en résulte également que les époux mariés sous le régime de la dot ne peuvent, tant qu'ils n'ont pas reçu le paiement d'une créance dotale, donner main-levée de l'inscription destinée à la garantir[11].

[6] Cpr. § 121, texte et note 18. Civ. rej., 12 juillet 1847, Sir., 47, 1, 506.

[7] Cpr. § 535, texte nº 1, notes 16 et 17; § 537 *bis*, texte et notes 9 à 11. Cpr. aussi Civ. rej., 13 avril 1863, Sir., 63, 1, 297.

[8] Voy. Ord. du 13 juillet 1840; Instruction générale de la régie de l'enregistrement du 24 juillet 1841, Sir. 42, 2, 238. Cpr. aussi : Douai, 29 novembre 1834, Sir., 35, 2, 51.

[9] Voy. Décret du 11 thermidor an XII; Décision ministérielle du 26 septembre 1809, Sir., 10, 2, 11.

[10] Grenier, II, 521. Persil, sur l'art, 2157, nº 7. Troplong, III, 738 *bis*. Martou, III, 1190. Baudot, nº 923. Pont, nº 1078. Civ. rej., 22 juin 1818, Sir., 19, 1, 111. Voy. cependant en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, vº radiation des hypothèques, nº 2.

[11] Cpr. § 537 *bis*, texte et note 11. Caen, 18 août 1829, Sir., 31, 2, 175. — La

Le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme, qui, dans le but d'assurer l'effet de sa subrogation, a fait inscrire cette hypothèque, a pleine capacité pour donner main-levée de l'inscription par lui prise. Le conservateur requis d'opérer la radiation en vertu d'une pareille main-levée, devrait le faire d'une manière pure et simple, et ne pourrait, sous prétexte que l'inscription doit également profiter à la femme, en réserver l'effet dans l'intérêt de cette dernière [12].

L'acte de main-levée doit être authentique, en ce sens que le conservateur pourrait et devrait, pour ne pas engager sa responsabilité, refuser la radiation d'une inscription sur la production d'un acte sous seing privé. Art. 2158. Il en est de même de la procuration en vertu de laquelle la main-levée aurait été consentie par un tiers agissant comme mandataire [13], ainsi que des actes accessoires, dont la production peut devenir nécessaire [14]. Au surplus, l'acte de main-levée peut être fait et produit en brevet [15].

En ce qui concerne spécialement la radiation de l'inscription

femme ne pourrait même pas, avec l'autorisation de son mari, acquiescer à un jugement qui aurait ordonné la radiation de l'inscription. Rouen, 8 février 1842, Sir., 42, 2, 271.

[12] Civ. cass., 5 février 1861, Sir., 61, 1, 209. Rouen, 26 décembre 1862, Sir. 64, 2, 46. Cpr. § 288 bis, texte et notes 20 à 22.

[13] Lyon, 29 décembre 1827, Sir., 28, 2, 287. Req. rej., 21 juillet 1830, Sir., 31, 1, 921. M. Pont (n° 1074) semble croire que la radiation opérée sur la production d'une main-levée consentie, soit dans un acte sous seing privé par le créancier lui-même, soit dans un acte authentique par un mandataire porteur d'une procuration sous seing privé, pourrait, par ce seul motif, être annulée à la demande du créancier. Nous ne saurions partager cette opinion : à notre avis, ce dernier ne serait admis à contester la validité de la main-levée, qu'en déniant la signature apposée à la main-levée elle-même ou à la procuration. Notre sentiment à ce sujet n'est pas en opposition avec la solution que nous avons adoptée au § 266, texte n° 2 et note 44, sur le point de savoir si une hypothèque peut être valablement constituée par un mandataire muni d'une procuration sous seing privé. En effet, l'art. 2158, dont la rédaction est toute différente de celle de l'art. 2127, n'exige pas l'authenticité comme condition de la validité de la main-levée, et ne parle de la forme de cet acte qu'au point de vue du dépôt qui doit en être fait par celui qui requiert la radiation. Il n'y a d'ailleurs aucune assimilation à faire quant à la forme, entre un acte de main-levée, qui n'est que la renonciation de la part du créancier à un accessoire de sa créance, et l'acte par lequel le débiteur ou un tiers constitue une hypothèque. Cpr. Douai, 20 décembre 1863, Sir., 64, 2, 116.

[14] Cpr. texte et note 28 à 31 *infra*. Angers, 2 février 1848, Sir., 48, 2, 237.

[15] Cpr. § 266, texte n° 2, et note 42. Pont, n° 1073. Grenoble, 23 juin 1836, Sir., 38, 1, 1004.

d'office prise en vertu de l'art. 2108, il est à remarquer que l'acte de main-levée doit, à moins de constater le paiement du prix de vente, contenir la renonciation au privilége même, et non pas un simple consentement à la radiation, sans quoi le conservateur des hypothèques ne pourrait être contraint à rayer l'inscription [16].

3° La radiation d'une inscription peut être demandée en justice, et doit être prononcée dans les cas suivants :

a. Lorsque l'inscription a été prise sans être fondée, ni sur la loi, ni sur une convention ou un jugement ;

b. Quand l'acte constitutif de l'hypothèque, en vertu duquel l'inscription a été prise, se trouve entaché de nullité, ou que le jugement qui lui avait servi de fondement a été annulé ou réformé;

c. Lorsque la créance pour sûreté de laquelle l'inscription a été requise, se trouve éteinte par une cause quelconque [17], ou que l'action personnelle du créancier contre le débiteur est frappée de prescription;

d. Quand, malgré la continuation de l'existence de cette créance, l'hypothèque ou le privilége qui y était attaché se trouve éteint par l'une des causes d'extinction qui leur sont propres ;

e. Enfin, lorsque l'inscription est nulle en la forme, c'est-à-dire qu'elle ne contient pas toutes les énonciations requises pour sa validité. Art. 2160.

La radiation d'une inscription peut être demandée par toute personne intéressée à la faire disparaître, par exemple par le débiteur, par un créancier hypothécaire postérieur, ou par le tiers acquéreur des immeubles sur lesquels elle frappe [18]. Toutefois le

[16] Une main-levée qui ne relaterait pas le paiement du prix de vente, ou qui ne contiendrait pas renonciation au privilége du vendeur, anéantirait bien l'effet de l'inscription d'office, mais ne détruirait pas celui de la transcription, qui suffit pour conserver le privilége. Le conservateur des hypothèques, chargé de faire l'inscription d'office, doit par cela même la maintenir, tant qu'il ne lui est pas justifié de l'extinction du privilége; et il s'exposerait à une demande en dommages-intérêts, de la part des tiers qui auraient été induits en erreur par une radiation opérée en vertu d'une main-levée dans laquelle ne se trouvait constaté, ni le paiement du prix, ni la renonciation au privilége. Dijon, 17 juillet 1839, Sir., 40, 2, 71. Civ. rej., 24 juin 1844, Sir., 44, 1, 598. Cpr. Angers, 2 février 1848, Sir., 48, 2, 237.

[17] On devrait assimiler à ce cas celui où, s'agissant de l'inscription d'une simple hypothèque de garantie, tout danger réel et sérieux aurait disparu pour l'inscrivant. Limoges, 9 mai 1812, Sir., 12, 2, 409.

[18] Req. rej., 11 mars 1834, Sir., 34, 1, 345. Civ. cass., 9 avril 1856, Sir., 57, 1, 105.

débiteur ne serait pas admis à demander la radiation d'une inscription sur le fondement de sa nullité en la forme seulement [19].

Les demandes en radiation doivent être formées contre les parties intéressées, c'est-à-dire contre les créanciers inscrits, et jugées avec eux. Art. 2157. Si la radiation d'une inscription avait été ordonnée hors la présence du créancier, le conservateur ne pourrait, sans engager sa responsabilité, procéder à la radiation. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, dans le cas où un jugement, en prononçant la résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix, aurait en même temps, et hors la présence des créanciers de l'acquéreur, ordonné la radiation des inscriptions prises de son chef [20].

La demande en radiation constitue une action principale toutes les fois que, sans soulever de contestation sur la créance même à laquelle se rapporte l'inscription, elle ne s'attaque réellement qu'à cette dernière. Dans cette hypothèse, elle doit, à moins de convention contraire entre le créancier et le débiteur, être portée devant le tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été prise. Art. 2159. L'exploit d'ajournement se donne au titulaire de l'inscription, soit à personne ou à son domicile général, soit au dernier des domiciles élus sur le registre, et ce nonobstant le décès du créancier ou de la personne chez laquelle il avait fait élection de domicile. Art. 2156.

Mais ces règles spéciales de compétence et de procédure cessent de recevoir application, quand la radiation n'est demandée que comme conséquence de la nullité ou de l'extinction, non encore prononcée, du titre de la créance à laquelle se rapporte l'inscription [21]. Dans ce cas, on reste à tous égards sous l'empire des règles du Droit commun. Il en résulte, d'une part, que la demande en

[19] Cpr. § 267, texte et note 5. Pont, nº 1083.

[20] En effet, les créanciers hypothécaires ne sont pas nécessairement, et à tous égards, représentés par le débiteur, dans les instances engagées avec celui-ci au sujet des immeubles qui leur sont affectés. C'est donc à tort que la cour de Paris (12 avril 1853, *Journal du Palais*, 55, 1, 612) a jugé que le conservateur ne pouvait, dans l'hypothèse indiquée au texte, se refuser à opérer la radiation. Pont, nº 1094, Civ. cass., 6 décembre 1859, Sir., 60, 1, 9.

[21] Si la nullité ou l'extinction du titre avait été prononcée, sans que la radiation de l'inscription eût été ordonnée par le même jugement, la demande en radiation constituerait une demande nouvelle et principale, et devrait être portée, non devant le tribunal qui a rendu ce jugement, mais devant le tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été prise. Cpr. Paris, 23 mai 1817, Sir., 18, 2, 20.

radiation ne pourrait, sous forme d'action principale, être soumise au tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été prise [22]; et d'autre part, que le tribunal, régulièrement saisi de la contestation sur le titre de la créance, fût-il même un tribunal d'exception, comme un tribunal de commerce ou une justice de paix, pourrait et devrait, en annulant ce titre ou en le déclarant éteint, ordonner en même temps la radiation de l'inscription [23].

Le jugement qui a ordonné la radiation d'une inscription, et qui d'ailleurs n'a pas été déclaré exécutoire par provision [24], n'autorise le conservateur à effectuer la radiation que lorsqu'il a été rendu en dernier ressort, ou qu'il est passé en force de chose jugée. Art. 2157 [25]. La signification du jugement de radiation, nécessaire, soit comme formalité préalable à l'exécution d'un jugement rendu en dernier ressort ou déclaré exécutoire par provision, soit pour faire courir le délai de l'appel, doit être faite au créancier inscrit, à personne ou à son domicile général [26].

[22] En pareil cas, la question de nullité ou d'extinction du titre est préjudicielle, et doit, comme telle, être soumise au juge compétent pour en connaître : celui qui veut obtenir la radiation de l'inscription, ne peut forcer le créancier à débattre cette question devant tout autre juge, en affectant de ne la soulever que sous forme d'exception. En vain, pour soutenir le contraire, objecterait-on que l'art. 2159 n'écarte la compétence attribuée au tribunal de la situation des immeubles, que dans le cas où l'hypothèque inscrite a pour cause une condamnation judiciaire, éventuelle ou indéterminée, sur l'exécution ou la liquidation de laquelle les parties sont en contestation, et que cette exception, toute spéciale, ne peut être étendue à d'autres hypothèses. Cette interprétation doit être rejetée, parce qu'elle aboutirait à une conclusion contraire aux notions les plus élémentaires en fait de compétence, et que le principe sur lequel repose l'exception indiquée en l'art. 2159, général de sa nature, s'applique, avec une force au moins égale, à tous les cas où la radiation de l'inscription est demandée à raison de la nullité ou de l'extinction de la créance qui en fait l'objet. Persil, sur l'art. 2159, nº 3. Grenier, I, 94 et 188. Troplong, III, 742. Duranton, XX, 205. Martou, III, 1231. Pont, nº 1092. Cpr. Req. rej., 1er floréal an XII, Sir., 20, 1, 472; Req. rej., 29 brumaire an XIII, Sir., 7, 2, 1001; Req. rej., 5 mai 1813, Sir., 13, 1, 251. Voy. cependant Tarrible, *Rép.*, vº Radiation, nº 10; Paris, 9 mars 1813, Sir., 14, 2, 136.

[23] Req. rej., 11 février 1834, Sir., 35, 1, 475.

[24] Persil, sur l'art. 2157, nº 20. Pont, nº 1093.

[25] Cpr. Code de proc., art. 548, 549 et 550.

[26] Merlin, *Rép.*, vº Domicile élu, § 1, nºs 6 et 7. Grenier, II, 527. Persil, sur l'art. 2157, nº 19. Baudot, nº 984. Chauveau sur Carré, *Quest.* 1907. Civ. cass., 29 août 1815, Sir., 15, 1, 430. Paris, 18 janvier 1831, Sir., 31, 2, 269. Pau, 21 janvier 1834, Sir., 34, 2, 553. Angers, 30 mars 1854, Sir., 55, 2, 418. Voy. cependant en sens contraire : Troplong, III, 739; Duranton, XX,

4° Celui qui requiert la radiation d'une inscription, est tenu de déposer au bureau du conservateur une expédition de l'acte authentique de main-levée ou du jugement qui ordonne la radiation. Art. 2158.

Le conservateur, requis de procéder à une radiation volontairement consentie, a le droit et le devoir de vérifier et d'apprécier les actes en vertu desquels elle est demandée, non-seulement quant à leur régularité, mais encore au point de vue de la capacité des parties dont ils émanent[27]. A cet effet, il est autorisé à exiger le dépôt d'une expédition, ou tout au moins d'un extrait littéral (*in parte qua*) et suffisamment explicite[28], de la procuration, de l'acte de nomination, du contrat de mariage[29], de l'acte de société[30], ou de tels autres actes propres à établir la qualité en vertu de laquelle la main-levée a été consentie, ainsi que la production de tous documents nécessaires pour apprécier la capacité de la partie qui l'a donnée[31].

Lorsque la radiation est requise en exécution d'un jugement qui l'a ordonnée, le conservateur peut et doit, pour mettre sa res-

204; Pont, n° 1096. D'après ces auteurs, la signification du jugement serait valablement faite au domicile élu dans l'inscription. Mais cette opinion, contraire à la règle générale posée par les art. 147 et 443 du Code de procédure, ne saurait être admise, en l'absence de toute disposition spéciale qui y déroge, expressément ou implicitement, pour ce qui concerne les jugements de radiation d'inscriptions hypothécaires.

[27] Cpr. sur la responsabilité que le conservateur peut encourir en procédant imprudemment à la radiation d'une inscription : § 268, texte et notes 22 à 27.

[28] On pense assez généralement que le conservateur n'est pas tenu d'affectuer la radiation, sur la vu d'un extrait, même déclaré *littéral*, à moins que le notaire ou le greffier qui l'a délivré, n'ait de plus attesté que les parties non transcrites de l'acte ou du jugement ne contiennent ni conditions ni réserves contraires, et que l'extrait reproduit tout ce qui a trait à la radiation. Le motif que l'on en donne, est que la déclaration accessoire dont il s'agit, peut seule engager la responsabilité de l'officier ministériel qui délivre l'extrait, et couvrir ainsi celle du conservateur. Persil, sur l'art. 2158, n° 3. Pont, n° 1099. Voy. aussi en ce sens : art. 93 de la loi belge du 16 décembre 1851. Mais cette déclaration n'est-elle pas virtuellement comprise dans celle que l'extrait a été fait littéralement, en ce sens du moins que l'officier ministériel qui le délivre avec une pareille mention, en garantit la complète et entière conformité à l'acte, au point de vue de la radiation?

[29] Paris, 17 août 1843, Sir., 43, 2, 534. Metz, 13 déc. 1854, Sir., 55, 2, 193.

[30] Req. rej, 19 août 1845, Sir., 45, 1, 707. Cpr. aussi Amiens, 31 décembre 1851, Sir., 52, 2, 128.

[31] Cpr. Civ. cass., 18 mai 1852, Sir., 52, 1, 634; Dijon, 7 avril 1859, Sir., 59, 2, 585.

ponsabilité à couvert, exiger le dépôt des deux certificats mentionnés en l'art. 548 du Code de procédure [32].

5° Le consentement donné par le créancier à la radiation de son inscription ne lui fait pas perdre son droit hypothécaire, s'il ne résulte pas des termes de l'acte qu'il ait voulu renoncer à son hypothèque même [33]. De là découle une double conséquence : la première, que le créancier, dont l'inscription a été rayée par suite de la main-levée, peut, à défaut du paiement de sa créance, prendre une nouvelle inscription, qui n'aura d'effet, bien entendu, que du jour de sa date [34]; la seconde, que le créancier peut, tant que l'inscription n'a pas été rayée, révoquer la main-levée et empêcher la radiation, en notifiant au conservateur l'acte de révocation. Dans ce cas, il conserve son rang hypothécaire à l'égard des créanciers qui ne se sont inscrits que depuis cette révocation [35]; mais il serait primé par les créanciers qui auraient pris inscription dans l'intervalle de la main-levée à sa révocation [36].

Quant à la main-levée donnée par le créancier au tiers acquéreur qui l'a désintéressé, elle ne profite, tant qu'elle n'a pas été suivie de radiation, qu'à ce dernier, et nullement aux autres créanciers, qui ne peuvent s'en prévaloir, ni contre l'acquéreur, ni même contre le créancier qui l'a consentie. Elle ne fait donc pas obstacle à ce que l'acquéreur, subrogé aux droits du créancier qu'il a payé, ou ce dernier lui-même s'il a garanti l'effet du paiement, obtienne collocation à la date de l'inscription [37].

Lorsqu'une inscription a été rayée, soit par l'effet d'une erreur constatée plus tard, soit en vertu d'un acte de consentement qui depuis a été annulé ou même reconnu faux, soit enfin en exécution d'un jugement ultérieurement réformé ou cassé, elle ne revit pas de plein droit, et le créancier est réduit à en prendre une nouvelle. L'inscription ainsi rétablie ne peut être opposée, ni aux

[32] Cpr. Rouen, 8 février 1842, Sir., 42, 2, 271.

[33] Voy. art. 2180, n° 2. *Renuntiatio est strictissimæ interpretationis.* On d quelquefois que l'acte de main-levée produit son effet dès qu'il a été consenti, et indépendamment de la radiation même. Cpr. Troplong, III, 738; Pont, n° 1105; Martou, III, 1215. Mais la proposition ainsi formulée serait évidemment trop absolue en principe, et conduirait à des applications inadmissibles.

[34] Civ. rej., 2 mars 1830, Sir., 30, 1, 342.

[35] Civ. rej., 1er décembre 1852, Sir., 54, 1, 93.

[36] Civ. cass., 4 janv. 1831, Sir., 31, 1, 126. Agen, 19 mai 1836, Sir., 36, 2, 404.

[37] En décidant le contraire, on violerait les art. 1165 et 2180. Civ. cass., 20 juin 1859, Sir., 59, 1, 853.

créanciers qui se sont inscrits dans l'intervalle de sa radiation à son rétablissement, ni au tiers acquéreur, si elle n'a été rétablie qu'après la transcription de son titre [38]. Mais elle reprend en général tout son effet à l'égard des créanciers et des tiers acquéreurs dont les titres avaient été inscrits ou transcrits dès avant la radiation [39].

§ 282.

De la réduction des inscriptions.

1° La réduction d'une inscription est sa radiation partielle en ce qui concerne, soit les immeubles sur lesquels elle frappe, soit la somme pour laquelle elle a été prise.

Elle peut avoir lieu du consentement des parties intéressées, ou en vertu d'un jugement rendu contre elles à la demande du débiteur.

La capacité de consentir la réduction d'une inscription suppose, en général, la libre disposition de la créance pour sûreté de laquelle elle a été prise. Ceux qui ne sont investis que de l'administration

[38] Une inscription rayée n'existe plus pour le public; on ne pourrait la faire revivre, au préjudice de tiers qui auraient acquis, depuis sa radiation, des droits sur l'immeuble qu'elle frappait, sans se mettre en opposition directe avec le principe de la publicité, et sans ébranler la base du régime hypothécaire. Arg. art. 2106, 2134 et 2166 cbn 2198. Troplong, III, 746 *bis*. Duranton, XX, 203. Taulier, VII, 362. Demolombe, VIII, 143 *in fine*. Martou, III, 1224. Pont, n° 1107. Paris, 15 avril 1811, Sir., 11, 2, 472. Civ. rej., 26 janvier 1814, Sir., 14, 1, 179. Req. rej., 18 juin 1838, Sir., 38, 1, 1004. Req. rej., 9 décembre 1846, Sir., 47, 1, 827. Civ. rej., 13 avril 1863, Sir., 63, 1, 297. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2134, n° 6; Battur, IV, 690.

[39] Il serait contraire à toute justice de sacrifier l'intérêt du créancier dont l'inscription a été indûment rayée, pour améliorer la position de personnes dont les droits se trouvaient primés par l'effet de cette inscription. On peut d'ailleurs, en ce qui les concerne, attacher à la nouvelle inscription un effet rétroactif, sans contrevenir au principe de la publicité, entendu selon son véritable esprit, puisqu'elles conserveront intacts les droits qu'elles avaient acquis. *Melioris conditionis est, qui certat pro damno vitando, quam qui certat pro lucro captando.* Voy. les auteurs cités à la note précédente. Douai, 10 janvier 1812, Sir., 12, 2, 370. Paris, 12 juin 1815, Sir., 18, 2, 119. — Toutefois, si un tiers acquéreur avait, depuis la radiation, payé son prix entre les mains du vendeur, ou d'autres créanciers de ce dernier, la nouvelle inscription ne pourrait lui être opposée, bien que son titre d'acquisition fût déjà transcrit au moment de la radiation. Cpr. aussi : Rouen, 22 mars 1863, Sir., 64, 2, 45; Req. rej., 4 juillet 1864, Sir., 64, 1, 252.

de leur fortune, sans en avoir la disposition, et ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de l'administration de tout ou partie du patrimoine d'autrui, ne peuvent valablement consentir la réduction en ce qui concerne les immeubles grevés, encore que la créance pour sûreté de laquelle l'inscription a été prise, ait été partiellement acquittée [1]. Ils ne peuvent pas davantage la consentir sous le rapport de la somme portée dans l'inscription [2], alors du moins qu'il n'a pas été fait de paiement d'à-compte.

Tout ce qui a été dit au paragraphe précédent, sur la forme des actes de main-levée, et sur les pièces accessoires dont le conservateur, requis d'opérer une radiation volontairement consentie, peut exiger le dépôt, s'applique à la réduction volontaire [3].

La réduction peut être demandée en justice dans les deux cas suivants :

a. Lorsqu'une inscription générale frappe sur plus d'immeubles différents qu'il n'est nécessaire pour la sûreté de la créance. Art. 2161.

b. Lorsque l'évaluation faite par le créancier, en conformité des art. 2132 et 2148, n° 4, est excessive. Art. 2163 et 2164.

Les inscriptions générales, prises au profit de l'État, des communes et des établissements publics, sont tout aussi bien susceptibles de réduction, que les inscriptions requises, soit dans l'intérêt des femmes mariées, des mineurs et des interdits, soit en vertu de jugements [4].

[1] En effet, comme l'hypothèque est indivisible, et que chacun des immeubles hypothéqués se trouve affecté en entier, et dans chacune de ses parties, au paiement intégral de la créance, la réduction consentie, même après des paiements partiels plus ou moins importants, présente toujours, à la différence de la main-levée consentie à raison du paiement total de la créance, le caractère d'une renonciation spontanée et gratuite.

[2] Cette proposition paraît incontestable, lorsque le montant de la créance se trouve déterminé par le titre. Mais devrait-on appliquer la même solution au cas où il s'agirait d'une réduction portant sur une évaluation faite en conformité des art. 2132 et 2148, n° 4? Nous le pensons, puisque la réduction de l'inscription, sous prétexte d'une évaluation exagérée, pourrait n'être qu'une renonciation déguisée à une partie des sûretés hypothécaires attachées à la créance.

[3] Voy. § 281, texte, notes 13 à 15, et 27 à 32. Merlin, *Rép.*, v° Radiation des hypothèques, § 12. Persil, sur l'art. 2161, n° 7.

[4] Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2161, n° 5; Battur, IV, 700. D'après ces auteurs, les inscriptions prises sur les biens des comptables ne seraient pas réductibles; mais leur opinion, contraire à la généralité de la disposition de l'art. 2161, se trouve formellement condamnée par l'art. 15 de la loi

Quant aux inscriptions ayant pour objet des hypothèques conventionnelles, le débiteur n'est pas, en général, admis à en demander la réduction[5]. Art. 2161, al. 2.

D'un autre côté, la réduction d'une inscription relative à une hypothèque légale ou judiciaire, ne peut plus être demandée lorsque, l'hypothèque ayant déjà été conventionnellement restreinte à certains immeubles spécialement déterminés, l'inscription ne porte que sur ces immeubles[6].

La demande en réduction d'une inscription générale n'est admissible qu'autant que les immeubles auxquels elle tend à faire restreindre l'hypothèque, présentent, toutes charges déduites, une valeur excédant de plus d'un tiers le montant de la créance en principal, intérêts et frais. Art. 2162.

L'estimation des immeubles hypothéqués, nécessaire pour l'appréciation des demandes de cette nature, doit, sans expertise préalable[7], être faite par le juge lui-même, d'après le mode indiqué en l'art. 2165, sauf à s'aider, s'il l'estime utile, de baux non suspects, de procès-verbaux d'estimation dressés précédemment à des époques rapprochées, ou d'autres actes semblables, pour fixer le revenu des immeubles au taux moyen résultant de la combinaison de ces divers documents. Art. 2165.

du 15 septembre 1807, qui charge la Cour des comptes de statuer sur les demandes en réduction de pareilles inscriptions. Cpr. Pont, nº 600.

[5] Troplong, III, 749. Duranton, XX, 207. Pont, nº 603. Amiens, 24 mars 1824, Sir., 24, 2, 139. Grenoble, 3 janvier 1825, Sir., 26, 2, 144. — Il semble cependant que la demande en réduction devrait être admise, quant à l'hypothèque stipulée dans les termes de l'art. 2130, si le créancier avait pris, à la suite d'acquisitions faites par le débiteur, des inscriptions successives portant sur plus d'immeubles différents qu'il n'était nécessaire à la sûreté de sa créance. Une pareille demande trouverait sa justification dans l'intention même des parties qui, en constituant et en acceptant une hypothèque sur des biens à venir, à raison de l'insuffisancee des biens présents, ne sont censées avoir voulu le faire que dans la mesure nécessaire pour garantir pleinement la créance. *Discussion au conseil d'État* sur l'art. 2161 (Locré, *Lég.*, t. XVI, p. 281, nº 14). Merlin, *Rép.*, vº Radiation des hypothèques, § 12. Battur, IV, 700. Grenier, I, 63. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 750 et 772; Duranton, *loc. cit.*; Pont, nº 687.

[6] C'est ce qu'indiquent les termes de l'art. 2161, *sans limitation convenue*. Cpr. art. 2140 et 2141, cbn. 2143 et 2144. Merlin, *Rép.*, vº Inscription hypothécaire, § 3, nº 22. Pont, nº 603. Voy. cependant Persil, sur l'art. 2143, nº 2.

[7] L'art. 2165 exclut en cette matière la mesure préalable de l'expertise, comme étant trop dispendieuse, et peut-être aussi comme pouvant conduire à attribuer aux immeubles une valeur trop élevée. Merlin, *Rép.*, vº Radiation d'hypothèques, § 18. Troplong, III, 744. Pont, nº 605. Lyon, 10 mai 1853, Sir., 54, 2, 605.

La réduction d'une inscription générale, à un ou à plusieurs immeubles spécialement déterminés, s'opère par le moyen de la radiation de cette inscription, en tant qu'elle porte sur le surplus des biens présents du débiteur et sur ses biens à venir. Quant à la réduction d'une inscription sous le rapport de la somme pour laquelle elle a été prise, elle s'effectue au moyen de la mention en marge de l'inscription, de l'acte ou du jugement en vertu duquel elle est requise.

2° Outre ces règles générales, la loi contient sur la restriction, pendant le mariage ou la tutelle, de l'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs, ou des interdits, les dispositions suivantes:

Le tuteur peut, lorsque la valeur de ses immeubles dépasse notoirement les sûretés nécessaires au pupille, demander la restriction de l'hypothèque légale à un ou à plusieurs immeubles déterminés, suffisants pour garantir pleinement les intérêts de ce dernier. Cette demande, qui se dirige contre le subrogé tuteur, doit être précédée d'un avis du conseil de famille, et jugée en la forme contentieuse[8], sur les conclusions du ministère public, qui n'intervient cependant que comme partie jointe, et serait, par conséquent, sans qualité pour émettre appel du jugement qui aurait prononcé la réduction[9]. Art. 2143 et 2145.

Le mari est, dans des circonstances analogues, autorisé à demander la restriction de l'hypothèque légale de la femme. Toutefois cette demande ne peut être formée que du consentement de celle-ci[10], et doit être préalablement soumise à l'avis de ses quatre

[8] Troplong, II, 638 et 644. Pont, n° 563. Bourges, 1er février 1831, Sir., 31, 2, 253. Civ. cass., 3 juin 1834, Sir., 34, 1, 434. Paris, 11 juin 1834, Sir., 34, 2, 386. Voy. cep. Rodière, *Revue de législation*, 1835, I, p. 148.

[9] Si l'art. 2145 dit que les jugements sur les demandes des maris et *des tuteurs* ne seront rendus qu'après avoir entendu le procureur impérial, et *contradictoirement avec lui*, cette dernière partie de sa disposition ne peut s'appliquer à la demande en réduction formée par un tuteur, puisqu'il a pour contradicteur le subrogé tuteur, contre lequel l'action doit être intentée : la cause est, dans ce cas, simplement communicable au ministère public, conformément à l'art. 83 du Code de procédure. Cpr. texte et note 13 *infra*. Voy. cep. Troplong, II, 644; Pont, nos 563 et 565.

[10] Tarrible, *Rép.*, v° Insc. hyp., § 3, n° 22. Grenier, I, 270. Persil, sur l'art. 2144, n° 2. Rolland de Villargues, *Rép. du net*, v° Réduction des hypothèques, n° 40. Martou, III, 942. Troplong, III, 641. Pont, n° 559. Req. rej., 9 décembre 1824, Sir., 25, 1, 213. Rouen, 3 février 1834, Sir., 34, 2, 584. Rouen, 27 avril 1844, Sir., 44, 2, 315. Paris, 1er avril 1848, Sir., 48, 2, 224. Paris, 31 mai 1851, Sir., 51, 2, 357. Limoges, 9 mars 1859, Sir., 59, 2, 449. Voy.

plus proches parents[11], réunis en assemblée de famille[12]. Elle se juge contradictoirement avec le procureur impérial, qui, figurant dans l'instance comme partie principale, a qualité pour interjeter appel du jugement par lequel la réduction aurait été ordonnée[13]. Art. 2144 et 2145[14].

La femme mariée sous le régime dotal peut, aussi bien que la femme mariée sous tout autre régime, consentir la réduction de son hypothèque légale[15].

Mais, pour consentir valablement cette réduction, la femme doit être majeure[16]. Lorsque, par suite d'interdiction, la femme se trouve dans l'impossibilité de consentir elle-même la réduction, elle peut être représentée à cet effet par son subrogé tuteur[17].

en sens contraire : Duranton, XX, 208; Taulier, VII, p. 321; Paris, 16 juillet 1813, Sir., 14, 2, 33; Paris, 25 avril 1823, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 201; Nancy, 26 août 1825, Sir., 26, 2, 149; Cour de la réunion, 11 mai 1861, Sir., 61, 2, 468.

[11] Le tribunal n'est pas plus lié par cet avis, qu'il ne l'est, dans le cas de l'art. 2143, par l'avis du conseil de famille. Merlin, *op. et v° citt.*, § 3, n° 23. Persil, sur l'art. 2143, n° 3. Troplong, III, 642 *bis*. Pont, n° 564.

[12] Ces termes indiquent que, sauf la différence du nombre de membres dont elle se compose, les règles tracées par les art. 407 et suiv. s'appliquent à cette assemblée de famille. Il en résulte, par exemple, que les mots *des quatre plus proches parents* doivent s'entendre, non pas d'une manière absolue, mais des parents domiciliés à une distance telle que la réunion de l'assemblée puisse avoir lieu sans trop de difficultés. *Discussion au conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XVI, p. 273, n° 30). Grenoble, 18 janvier 1833, Sir., 33, 2, 457. Cpr. cep. Pont, n° 561. On doit également en conclure qu'à défaut de parents, l'assemblée pourrait se composer d'ailliés ou d'amis de la femme.

[13] Troplong, III, 644. Pont, n° 565. Civ. cass., 3 décembre 1844, Sir., 45, 1, 14. Grenoble, 7 août 1849, Sir., 50, 2, 398. Voy. en sens contraire : Grenoble, 18 janvier 1833, Sir., 33, 2, 457; Rouen, 16 août 1843, Sir., 44, 2, 76.

[14] Les formalités prescrites par les art. 2144 et 2145 ne concernent que la restriction de l'hypothèque légale de la femme dans l'intérêt du mari : elles ne s'appliquent pas à la renonciation que la femme ferait à son hypothèque en faveur d'un tiers. Cpr. § 264 *ter*, texte n° 7, notes 74 et 75.

[15] Troplong, II, 640. Req. rej., 20 avril 1826, Sir., 26, 1, 439. Montpellier, 17 décembre 1851, Sir., 52, 2, 664.

[16] Arg. art. 2140. Tarrible, *Rép.*, v° Insc. hyp., § 3, n° 22. Duranton, XX, 67. Pont, n° 558. Voy. cep. Persil, sur l'art. 2144, n° 4.

[17] Cette proposition n'est point en contradiction avec la précédente. En cas de minorité, l'obstacle n'est que temporaire, et le mari a dû savoir qu'il ne pourrait, avant la majorité de la femme, obtenir la réduction de l'hypothèque. Au cas d'interdiction, l'obstacle peut se perpétuer pendant toute la durée du mariage, et le mari ne doit pas être indéfiniment privé d'une faculté qui lui est accordée par la loi, d'autant moins que ce résultat pourrait être contraire aux

Il est bien entendu que si la femme n'avait consenti la réduction que sous certaines conditions, elle ne devrait être prononcée que dans les termes de ces conditions, et ne deviendrait efficace que moyennant leur accomplissement [18].

3° La réduction qui porte sur les immeubles grevés, a pour effet d'affranchir par elle-même, et sans aucune réserve, les immeubles qu'elle doit soustraire à l'hypothèque. Cet effet subsisterait, au profit des tiers acquéreurs ou créanciers, non-seulement dans le cas où, par des événements imprévus, les immeubles auxquels l'hypothèque a été restreinte, se trouveraient insuffisants pour garantir les droits du créancier [19], mais même dans celui où ces immeubles viendraient plus tard à périr, ainsi que dans celui où le débiteur hypothécaire en serait évincé [20], et sans qu'il y eût d'ailleurs de distinction à faire entre les acquéreurs ou créanciers postérieurs à la réduction, et ceux dont les droits existaient déjà à la date de cette dernière [21].

Mais les effets de la réduction ne sont pas irrévocables. Le créancier peut, si les immeubles auxquels l'hypothèque a été restreinte deviennent, par un événement quelconque, insuffisants pour opérer une pleine garantie en sa faveur, exiger un supplé-

véritables intérêts de la famille. Cpr. Caen, 7 février 1863, Sir., 63, 2, 122. Cet arrêt, qui admet en principe la possibilité de la réduction de l'hypothèque légale dans l'hypothèse prévue au texte, décide même que l'avis conforme du conseil de famille suffit, sans qu'il soit besoin du consentement du subrogé tuteur. Mais nous ne pensons pas qu'on doive aller jusque-là : ce serait faire abstraction complète de la condition, cependant essentielle, du consentement de la femme.

[18] Civ. cass., 2 juin 1862, Sir., 62, 661. Agen, 18 mars 1863, Sir., 63, 2, 116.

[19] C'est ainsi que l'effet de la réduction de l'hypothèque légale d'une femme mariée resterait acquis aux tiers, alors même que, par suite de la découverte d'une reprise qui n'était pas indiquée, et que la femme ne connaissait pas, la valeur des immeubles auxquels l'hypothèque a été restreinte, se trouverait insuffisante pour le paiement de ses droits. Limoges, 9 mars 1850, Sir., 53, 2, 300. Voy. dans le même sens : Req. rej., 6 décembre 1860, Sir., 61, 1, 25.

[20] Montpellier, 17 décembre 1851, Sir., 52, 2, 664.

[21] L'hypothèse dont il est actuellement question, diffère essentiellement de celle où la réduction a été opérée en vertu d'un acte ou d'un jugement ultérieurement annulé ou cassé. Cpr. texte *in fine*; § 284, texte, notes 38 et 39. Ici, en effet, l'acte de consentement à la réduction ou le jugement qui l'a ordonnée, n'est ni annulé ni rapporté; et les effets de la réduction doivent dès lors rester acquis aux tiers dont elle a amélioré la position. Montpellier, 17 décembre 1851, Sir., 52, 2, 664.

ment d'hypothèque [22]. Il peut, d'un autre côté, prendre une inscription supplémentaire, lorsque la somme à laquelle son inscription primitive a été réduite, est inférieure au montant réel de sa créance. Art. 2164. Seulement le créancier n'aura de rang, pour le supplément d'hypothèque ou l'augmentation d'évaluation, qu'à la date de sa nouvelle inscription.

Du reste, l'hypothèque restreinte, de quelque manière que ce soit, continue à jouir de toutes les prérogatives qui y étaient attachées avant la réduction. C'est ainsi que l'hypothèque légale du mineur ou de la femme mariée reste, après sa réduction à certains immeubles déterminés, efficace à l'égard des tiers, indépendamment de toute inscription sur ces immeubles [23].

Les explications données, à la fin du paragraphe précédent, sur les conséquences d'une radiation opérée, soit par erreur, soit en vertu d'un acte ou d'un jugement ultérieurement annulé ou cassé, s'appliquent également à la réduction effectuée dans des circonstances analogues [24].

CHAPITRE V.

Des effets des priviléges et des hypothèques, abstractiou faite du rang des créanciers entre eux.

§ 283.

Généralités.

Les effets que produisent les priviléges sur les immeubles étant en général, et sauf ce qui concerne le rang des créanciers entre eux, les mêmes que ceux des hypothèques, nous en traiterons simultanément, en employant le mot *hypothèque* pour désigner, et l'hypothèque simple ou proprement dite, et les priviléges sur les immeubles.

Les propositions suivantes résument les effets généraux du droit d'hypothèque :

[22] La femme dont l'hypothèque a été réduite, pourrait même demander le rétablissement pour l'avenir de son droit primitif d'hypothèque générale, si cela devenait nécessaire pour la complète garantie de ses droits. Grenier, I, 269. Duranton, XX, 59. Pont, nº 708. Rouen, 6 juillet 1840, Sir., 40, 2, 537. Paris, 10 février 1857, Sir., 57, 2, 124.

[23] Merlin, *Rép.*, vº Insc. hyp., § 3, nº 23. Troplong, II, 644 *bis*.

[24] Cpr. § 264 *bis*, texte *in fine*, notes 31 et 32; Douai, 22 avril 1857, Sir., 57, 2, 746.

1° Comme droit réel sur des immeubles affectés au paiement d'une créance, l'hypothèque assure au créancier le double avantage, d'être préféré sur le prix des immeubles grevés, non-seulement aux créanciers chirographaires, mais même aux créanciers hypothécaires postérieurs (*droit de préférence*), et de pouvoir suivre ces immeubles en quelques mains qu'ils passent, pour les faire vendre et se faire payer sur le prix (*droit de suite*). Art. 2114.

L'efficacité du droit de préférence à l'égard des autres créanciers, étant en général subordonnée, comme celle du droit de suite à l'encontre des tiers détenteurs, à la condition commune d'une inscription prise et renouvelée en temps utile, il en résulte que la perte du dernier de ces droits, par suite de l'expiration du délai dans lequel l'inscription peut être utilement requise, entraîne également la perte du premier.

Néanmoins, comme le droit de préférence se comprend indépendamment de tout droit de suite, il peut et doit survivre à l'extinction de ce dernier, toutes les fois qu'il est réclamé en vertu de priviléges ou d'hypothèques qui, dispensés en principe de la nécessité de l'inscription, ne se sont exceptionnellement trouvés soumis à cette formalité que dans l'intérêt d'un tiers acquéreur. C'est ce qui a lieu pour les priviléges énumérés en l'art. 2101, et pour les hypothèques légales des mineurs, des interdits et des femmes mariées, lorsque l'inscription à laquelle est subordonnée la conservation du droit de suite, dans les cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, d'adjudication sur saisie immobilière, ou de vente volontaire suivie des formalités prescrites par l'art. 2194, n'a pas été prise en temps utile[1].

Par une raison analogue, le droit de préférence du copartageant survit à l'extinction du droit de suite, lorsque l'inscription, quoique ne pouvant plus être requise d'une manière efficace pour la conservation du dernier de ces droits, a été prise dans le délai préfix de soixante jours, imparti par l'art. 2109[2].

D'un autre côté, l'art. 2198, tout en prononçant, dans l'hypothèse qu'il prévoit, l'extinction du droit de suite en faveur des tiers acquéreurs, maintient le droit de préférence au profit du créancier.

Du reste, il ne faut pas confondre les cas où le droit de suite se trouve éteint en réalité, et où, par conséquent, l'acquéreur ne

[1] Cpr. loi du 3 mai 1841, art. 17; Code de procédure, art. 717, al. 7, et art. 838, al. 8, § 269, texte n° 1, notes 3 et 4, texte n° 2 et notes 26 à 29.

[2] Cpr. § 278, texte n° 3 et note 26.

peut plus être poursuivi comme tiers détenteur, avec ceux où le droit de suite sur l'immeuble se trouve simplement transformé en un droit sur le prix [3].

Le droit de préférence qui, dans l'une ou l'autre des circonstances précédemment indiquées, aurait survécu au droit de suite, se trouve lui-même éteint, dès que l'acquéreur a payé son prix au débiteur hypothécaire, ou que celui-ci l'a, soit cédé à un tiers, soit délégué à d'autres créanciers [4].

Dans le cas, au contraire, où le prix est encore dû au débiteur hypothécaire, le créancier peut, en vertu du droit de préférence, se faire colloquer au rang de son hypothèque, à la condition de produire avant l'expiration du délai de quarante jours, fixé par l'art. 754 du Code de procédure, s'il a été ouvert un ordre judiciaire [5], ou de faire valoir ses droits avant la clôture de l'ordre, lorsqu'il se règle à l'amiable, conformément aux art. 751 et 752 du même Code.

Toutefois, en cas d'aliénation volontaire, ce droit n'appartient à la femme mariée, au mineur, ou à l'interdit, déchus du droit de suite faute d'inscription prise dans le délai de deux mois fixé par l'art. 2195, qu'autant qu'un ordre a été ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration de ce délai. Code de procédure, art. 772, al. 5 [6]. Il est, du reste, bien entendu que les créanciers à hypo-

[3] Cpr. § 293 *bis*, texte nos 1 et 2.

[4] Art. 2198 et argument de cet article. Grenoble, 8 février 1842, Sir., 42, 2, 162. — Le créancier déchu du droit de suite ne pourrait empêcher l'effet de la cession ou de la délégation du prix par le débiteur hypothécaire, qu'au moyen d'une saisie arrêt interposée, entre les mains de l'acquéreur, avant la signification de la cession ou l'acceptation de la délégation.

[5] C'est, en effet, ce qui résulte de l'art. 755 du Code de procédure, dont la disposition toute nouvelle, introduite par la loi du 21 mai 1858, déclare déchu de plein droit tout créancier qui n'aurait pas produit dans le délai de quarante jours. En présence de cette disposition, il ne paraît plus possible de s'arrêter, ni à l'art. 2198, ni à l'art. 17 de la loi du 2 mai 1841, d'après lesquels le créancier déchu du droit de suite pouvait exercer le droit de préférence, tant que l'ordre *n'avait pas été homologué ou définitivement réglé*. Le dernier alinéa de l'art. 717 du Code de procédure, qui statue sur la question en ce qui concerne les créanciers à hypothèque légale, ne doit pas être considéré comme une disposition spéciale à ces créanciers, mais comme une application de la règle générale posée par l'art. 755 du même Code.

[6] Cette disposition exceptionnelle ne doit pas être étendue au cas d'expropriation forcée. Si, pour celui d'aliénation volontaire, dans lequel l'ordre n'est souvent provoqué que très-longtemps après la purge, il a paru nécessaire de restreindre l'exercice du droit de préférence survivant au droit de suite, les mêmes

thèque légale sont eux-mêmes autorisés, pour éviter la perte de leur droit de préférence, à provoquer, suivant les circonstances, soit un ordre proprement dit, soit un réglement judiciaire. Que si, en l'absence de tous créanciers inscrits, il n'y avait lieu, ni à un ordre, ni à un réglement judiciaire, le droit de préférence des créanciers à hypothèque légale continuerait de subsister, tant que le prix restant dû au vendeur, les choses se trouveraient entières[7].

Le droit de préférence porte sur la totalité de la valeur de l'immeuble hypothéqué, et par conséquent sur la portion du prix de vente qui n'aurait pas été déclarée au contrat[8]. Mais il ne s'étend, ni à l'indemnité due par une compagnie d'assurances à raison d'un sinistre qui a frappé cet immeuble[9], ni à la somme que l'adjudicataire de l'immeuble hypothéqué a été condamné à payer au débiteur hypothécaire, à titre de dommages-intérêts, pour avoir, par des manœuvres frauduleuses, écarté les enchérisseurs[10]. Cette indemnité et ces dommages-intérêts constituent des valeurs mobilières, qui se répartissent au marc le franc entre tous les créanciers.

Le créancier dont l'hypothèque porte sur l'usufruit d'un im-

considérations ne se présentaient pas pour l'expropriation forcée, qui d'ordinaire est suivie de très-près de l'ouverture d'un ordre. Aussi l'art. 717 du Code de procédure, spécial à cette dernière hypothèse, ne soumet-il l'exercice du droit de préférence qu'à la seule condition d'une production faite dans le délai de quarante jours fixé par l'art. 754. Voy. cep. Pont, nº 1422. Le rapport de M. Riché, sur lequel cet auteur fonde son opinion, est loin d'être aussi décisif qu'il le suppose. Voy. Sirey, Lois annotées, 1858, p. 56, nº 9 *bis*.

[7] Grosse et Rameau, *Commentaire de la loi du 21 mai 1858*, I, 110 et 116. Seligmann, *Des saisies immobilières*, nos 104 et suiv. Chauveau, *Code de la saisie immobilière*, nº 2613. — Il a été jugé (Rouen, 15 avril 1861, Sir., 61, 2, 337), et avec raison selon nous, que, malgré le versement entre les mains du syndic du prix d'un immeuble vendu par suite de faillite, la femme du failli peut encore, quoique déchue du droit de suite, exercer son droit de préférence sur ce prix.

[8] Poitiers, 24 juin 1831, Sir., 31, 2, 295. Bordeaux, 28 mai 1832, Sir., 32, 2, 626. Paris, 6 février 1836, Sir., 36, 2, 258.

[9] En effet, cette indemnité n'est pas *le prix* de l'immeuble, et ne le représente pas; elle est le produit d'une convention aléatoire, conclue entre le propriétaire et la compagnie d'assurances. Troplong, IV, 890. Duranton, XX, 328. Civ. cass., 28 juin 1831, Sir., 31, 1, 391. Grenoble, 27 février 1834, Sir., 34, 2, 367. — Il est bien entendu que le débiteur hypothécaire peut céder par anticipation au créancier le montant de l'indemnité éventuelle, qui lui sera due en cas de sinistre; Cpr. § 359, texte et note 2.

[10] On ne peut pas dire que cette somme constitue une partie du prix et représente pour autant l'immeuble. Civ. rej., 22 août 1842, Sir., 42, 1, 820.

meuble, est fondé, en cas de vente pour un seul et même prix de l'usufruit et de la nue-propriété, à exiger la ventilation du prix, et l'emploi au paiement de sa créance, de la valeur en capital attribuée à l'usufruit au moyen de cette ventilation. Son droit ne se borne pas à réclamer collocation sur les intérêts du prix total de la vente [11].

2° L'objet de l'hypothèque étant d'assurer au créancier le recouvrement de sa créance, elle l'autorise bien à poursuivre la vente des immeubles grevés, pour obtenir sur le prix le paiement de ce qui lui est dû ; mais elle ne lui confère pas le droit de se les approprier à défaut de paiement.

Le créancier premier en rang ne pourrait pas s'opposer à l'expropriation de ces immeubles par d'autres créanciers, sous le prétexte que ceux-ci ne viendraient pas en rang utile dans l'ordre, et que la poursuite serait frustratoire [12].

3° L'hypothèque forme un accessoire de la créance pour sûreté de laquelle elle est établie.

Il en résulte qu'elle passe de plein droit, avec cette créance, à tout successeur universel ou particulier du créancier, et que les créanciers de celui-ci peuvent toujours l'exercer de son chef.

On doit également en conclure que l'hypothèque ne peut, en principe, faire l'objet d'une cession séparée, pour être attachée ou transférée à une autre créance. Cette proposition et les modifications que notre législation y a apportées seront développées aux §§ 288 et 288 *bis*.

4° L'hypothèque est indivisible. Art. 2114, al. 2. Les effets de cette indivisibilité, qui s'applique à la créance garantie par l'hypothèque, aussi bien qu'aux immeubles sur lesquels elle frappe, seront expliqués aux §§ 284 et 285.

§ 284.

Des effets de l'hypothèque, quant à l'immeuble qui en est grevé.

1° L'hypothèque s'étend de plein droit, non-seulement à tout ce qui est immeuble par adhérence au sol, mais encore aux accessoires mobiliers réputés immeubles par destination, ainsi qu'aux accessions que l'immeuble hypothéqué a pu recevoir par suite

[11] Paris, 2 février 1832, Sir., 32, 2, 301. Paris, 20 mai 1832, Sir., 36, 1, 366.
[12] Troplong, III, 795. Cpr. § 287, texte n° 2 et notes 23 à 25.

d'événements de la nature. Elle s'étend même aux améliorations provenant du fait du propriétaire de cet immeuble. Art. 2133.

Sous le terme *améliorations*, on doit ici comprendre les constructions nouvelles élevées sur un terrain nu [1]. Mais les acquisitions faites par le propriétaire d'un domaine avec l'intention de les y réunir, ne constituent pas des améliorations dans le sens de l'art. 2133 [2].

Il importe peu, quant aux immeubles par destination, que les objets réputés tels aient déjà existé en cet état au moment de l'établissement de l'hypothèque, ou que le propriétaire de l'immeuble hypothéqué ne les y ait attachés que plus tard [3]. On doit en conclure que le vendeur d'objets mobiliers, par exemple de machines incorporées par l'acheteur à l'immeuble hypothéqué, ne peut exercer, ni l'action résolutoire, ni le privilége établi par le n° 4 de l'art. 2102, au détriment des créanciers hypothécaires de ce dernier, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à la vente [4].

Le principe que l'hypothèque s'étend indistinctement à tous les objets mobiliers réputés immeubles par destination, ne doit s'appliquer, en ce qui concerne les priviléges du vendeur et du copartageant, qu'à ceux de ces objets qui ont été attachés, à perpétuelle

[1] Grenier, I, 147. Troplong, II, 551. Duranton, XIX, 258. Martou, II, 732. Pont, n° 410. Paris, 18 janvier 1837, Dalloz, 1838, 2, 189.

[2] Persil, sur l'art. 2133, n° 6. Grenier, I, 148. Troplong, II, 552. Pont, n° 411.

[3] Les termes de l'art. 2133, *toutes les améliorations survenues*, comprennent évidemment, d'après l'esprit de la loi, les objets mobiliers que, depuis l'établissement de l'hypothèque, le propriétaire du fonds grevé y a attachés pour la culture ou à perpétuelle demeure. Req. rej., 11 avril 1833, Dalloz, 1833, 1, 187.

[4] *Nec obstat* art. 593 du Code de proc. De ce que le vendeur d'objets mobiliers est autorisé, en ce qui concerne l'acheteur et ses créanciers simplement chirographaires, à les frapper de saisie, pour se faire payer par privilége sur le prix, alors même que, par leur incorporation à un immeuble, ils ont revêtu un caractère immobilier, il n'en résulte pas qu'il puisse exercer ce droit au détriment des créanciers ayant hypothèque sur cet immeuble. Le droit de préférence dont ces derniers jouissent, aux termes de l'art. 2133, sur les accessoires immobiliers du fonds qui leur est hypothéqué, étant réel, doit primer le privilége simplement personnel du vendeur. Civ. rej., 22 janvier 1833, Sir., 33, 1, 446. Civ. rej., 9 décembre 1835, Sir., 36, 1, 177. Req. rej., 18 mars 1840, Sir., 40, 1, 412. Req. rej., 9 juin 1847, Dalloz, 1847, 1, 248. C. sup. de Bruxelles, 16 février 1848, Sir., 48, 2, 61. Voy. cep. en sens contraire : Carette, *Observations*, Sir., 36, 1, 181 ; Paris, 10 juillet 1833, Sir., 33, 2, 472 ; Dijon, 16 août 1842, Sir., 46, 2, 148.

demeure, à l'immeuble grevé, et non à ceux qui ont été simplement placés dans cet immeuble pour son service et son exploitation. C'est ainsi que le privilége du vendeur d'un domaine ne s'étend pas au cheptel que l'acquéreur de ce domaine a fourni au fermier qui l'exploite [5]. Il semble même que le privilége du vendeur et du copartageant ne doive pas s'étendre à des constructions entièrement nouvelles, élevées sur un terrain non encore surbâti à l'époque de la vente, du partage, ou de la licitation [6].

La vente d'objets adhérents au sol et revêtant, à raison de cette adhérence, le caractère d'immeubles par nature, ne suffit pas, quoique faite en vue de leur séparation, pour les soustraire à l'hypothèque, qui continue de les frapper tant que de fait ils n'ont pas été séparés du fonds [7].

Il en est toutefois autrement des fruits, et notamment des coupes de taillis, ou de futaies soumises à un aménagement régulier, lorsque le terme normal de la coupe est arrivé. La vente séparée qui en serait faite les soustrairait, par elle-même, aux droits des créanciers hypothécaires, à supposer que cette vente fût antérieure à la transcription de la saisie [8].

Ce qui vient d'être dit sur la vente séparée d'objets adhérents au sol, autres que des fruits, s'applique également à celle d'objets mobiliers réputés immeubles par destination. La vente de pareils objets ne suffirait pas à elle seule, et indépendamment de toute tradition, pour les dégager du lien de l'hypothèque [9].

2° L'hypothèque ne confère au créancier aucun droit de préférence sur les fruits naturels ou civils de l'immeuble hypothéqué,

[5] Poitiers. 22 mars 1848, Sir., 50, 2, 636. On ne saurait, sans dépasser la cause sur laquelle repose le privilége du vendeur ou du copartageant, l'étendre à des objets qui ne se trouvent pas matériellement unis à l'immeuble vendu, partagé, ou licité, et qui n'en forment des accessoires immobiliers que par suite d'une fiction juridique.

[6] Ce serait encore dépasser la cause du privilége, que de le faire porter sur des constructions nouvelles, qui, quoique matériellement unies au terrain vendu, partagé, ou licité, n'en constituent pas moins un immeuble distinct de ce terrain, au point de vue du fondement sur lequel repose le privilége du vendeur ou du copartageant. Cpr. Pont, n° 197; Paris, 6 mars 1834, Sir., 34, 2, 308; Lyon, 26 janvier 1835, Dalloz, 1836, 2, 163.

[7] Voy. § 164, texte n° 1, et note 27. Limoges, 8 décembre 1852, Sir., 52, 2, 687. Cpr. aussi § 286, texte n° 2.

[8] Voy. § 164, texte n° 1, notes 29 et 30. Cpr. aussi § 286.

[9] Voy. § 164, texte n° 1 *in fine*, et note 74. Cpr. Civ. cass., 3 août 1831, Sir., 31, 1, 388; Paris, 29 février 1836, Sir., 36, 2, 349.

si ce n'est à partir de leur immobilisation. Jusque-là le produit des fruits constitue une valeur mobilière, qui se répartit, entre tous les créanciers indistinctement, au marc le franc de leurs créances.

Ce principe s'applique même à l'hypothèque portant sur un usufruit immobilier, en ce sens qu'elle n'affecte que le droit de jouissance considéré en soi, et non les fruits de l'immeuble qui s'y trouve soumis [10].

En cas d'expropriation forcée, les fruits et revenus de l'immeuble hypothéqué sont immobilisés à partir de la transcription du procès-verbal de saisie [11]. Pour empêcher que le débiteur ne les perçoive ou n'en dispose, les créanciers hypothécaires peuvent, si l'immeuble n'est pas loué, provoquer la nomination d'un séquestre, ou se faire autoriser à procéder à la coupe et à la vente des fruits pendant par branches ou par racines, et si l'immeuble est loué, arrêter les loyers ou fermages au moyen d'un simple acte d'opposition signifié au locataire ou fermier [12].

En cas d'aliénation volontaire, les fruits de l'immeuble hypothéqué sont immobilisés à partir, soit de la sommation faite au tiers détenteur de payer ou de délaisser, soit des notifications à fins de purge, adressées par ce dernier aux créanciers [13]. Comme conséquence de l'immobilisation, et pour tenir lieu des fruits qu'il continuera de percevoir, le tiers détenteur devient, à partir de l'époque où elle s'est réalisée, débiteur personnel et direct, envers les créanciers hypothécaires, des intérêts du prix de l'immeuble par lui acquis, à moins qu'il n'ait été dispensé du paiement de ces intérêts durant un délai préfix, auquel cas il n'en devient comptable qu'à l'expiration de ce délai [14].

Du reste, l'immobilisation n'a d'effet qu'à l'égard des fruits, na-

[10] Proudhon, *De l'usufruit*, I, 27. Troplong, II, 400. Voy. en sens contraire : Turin, 24 avril 1810, Sir., 11, 2, 319.

[11] Art. 682 du Code de proc.

[12] Voy. art. 681 et 685 du Code de proc.

[13] Art. 2176 et arg. de cet article.

[14] La question de savoir à partir de quelle époque le tiers détenteur, qui a rempli les formalités de la purge, doit aux créanciers hypothécaires les intérêts du prix de l'immeuble par lui acquis, comme représentatifs des fruits immobilisés à leur profit, est cependant controversée. Il en est de même de celle de savoir si la clause par laquelle l'acquéreur a été dispensé de payer les intérêts est ou non opposable aux créanciers hypothécaires. Voy. sur ces deux points : § 294, texte nº 1 *in fine*, notes 38 et 39.

turels ou civils, qui se trouvent encore, au moment où elle se produit, soumis à l'affectation hypothécaire [15].

Le produit des fruits ou revenus immobilisés se distribue, avec le prix de l'immeuble même, entre les créanciers hypothécaires, d'après l'ordre de leurs hypothèques [16].

3° L'hypothèque frappe, pour la totalité et pour chaque fraction de la créance [17], sur tous les immeubles grevés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles, art. 2114, al. 2. De ce caractère d'indivisibilité découlent les conséquences suivantes :

a. Par exception au principe de la division des dettes entre les héritiers du débiteur, celui des héritiers qui se trouve être détenteur des immeubles hypothéqués ou de l'un d'eux, peut être poursuivi pour le tout sur ces immeubles [18].

b. Le débiteur qui a acquitté une partie de la dette, ne peut, quand il s'agit d'une hypothèque spéciale, en demander la restriction proportionnelle à une partie des immeubles grevés [19].

c. Le créancier ayant une hypothèque générale, ou une hypothèque spéciale assise sur plusieurs immeubles, peut demander à être colloqué sur le prix de tous les immeubles affectés à sa créance, et s'opposer, jusqu'au paiement intégral du montant de sa collocation, à toute délivrance de bordereaux à des créanciers postérieurs, à moins que ceux-ci ne fournissent caution de lui rapporter le montant de leurs collocations, dans le cas où il ne serait pas pleinement désintéressé par l'acquéreur sur lequel il a été assigné. Que s'il avait accepté, sans protestation ni réserve, une collocation restreinte au prix d'un seul immeuble, il ne pourrait, à défaut de paiement de cette collocation, contraindre les autres créanciers au rapport des sommes par eux touchées [20].

[15] Voy. sur les cessions anticipées de loyers ou de fermages, et sur les ventes anticipées de fruits naturels : § 286.

[16] Voy. art. 682 et 685 du Code de proc.

[17] C'est ce que l'art. 2114, al. 2, exprime par ces mots, *et subsiste en entier.*

[18] Art. 1221, n° 1 cbn. al. dernier. Cpr. § 215, texte lett. *c.*, notes 57 et 58.

[19] Arg. art. 2161, al. 2, cbn. 2114, al. 2. Cpr. sur la réduction des hypothèques générales : § 282.

[20] En acquiesçant au règlement judiciaire qui a ainsi restreint l'effet de son hypothèque, le créancier renonce à son rang, en ce qui concerne les immeubles sur le prix desquels il n'a pas été colloqué. Il en serait ainsi même de la femme mariée sous le régime de la dot, qui, pour une créance dotale, aurait accepté une collocation spéciale sur le prix d'un des immeubles de son mari. Paris, 31 juillet 1813 et 29 avril 1814, Sir., 25, 2, 270 et 271. Civ. cass., 18 janvier 1853, Sir., 53, 1, 5.

d. Le créancier dont l'hypothèque s'étend à plusieurs immeubles, est aussi en droit de choisir celui de ces immeubles sur le prix duquel il entend être colloqué pour la totalité de sa créance, sans que les créanciers ayant sur le même immeuble des hypothèques postérieures en rang, puissent le contraindre à diviser sa demande en collocation, pour la faire proportionnellement porter sur le prix de tous les immeubles qui lui sont affectés [21].

Ce principe doit être observé rigoureusement en cas de vente d'un seul des immeubles hypothéqués, ou lorsque, à la suite de la vente de la totalité ou de plusieurs de ces immeubles, la distribution des prix de vente fait l'objet d'ordres séparés ouverts dans des tribunaux différents [22]. Dans ces deux hypothèses, le créancier postérieur, qui se trouverait exposé à perdre sa garantie hypothécaire par une demande en collocation sur le prix de l'immeuble spécialement affecté à sa créance, n'a d'autre moyen, pour prévenir ce résultat, que de désintéresser le créancier qui le prime; ce qui lui permettra de demander, pour la créance de ce dernier aux droits duquel il se trouvera légalement subrogé [23], collocation sur le prix d'immeubles non soumis à sa propre hypothèque [24]. Encore ne pourrait-il, à la faveur de la subrogation ainsi obtenue, faire porter cette collocation sur le prix d'immeubles grevés, au profit d'autres créanciers, d'hypothèques antérieures en date à la sienne [25].

[21] Grenier, I, 179. Troplong, III, 750 et suiv. Pont, nº 336. Paris, 24 novembre 1814, Sir., 16, 2, 243. Bordeaux, 7 juillet 1830, Sir., 30, 2, 362. Bourges, 31 juillet 1829, Sir., 30, 2, 20.

[22] Les créanciers postérieurs ne peuvent, en effet, exiger que ce créancier divise son hypothèque, et se contente, dans un premier ordre, d'une collocation partielle, ce qui l'obligerait à poursuivre le recouvrement du solde de sa créance sur les autres immeubles à lui affectés, alors que le rang de son hypothèque lui donne le droit de se faire attribuer la totalité du prix à distribuer.

[23] Tarrible (*Rép.*, vº Transcription, § 6, nº 5) soutient que le créancier qui avait une hypothèque spéciale sur un immeuble, dont le prix a été absorbé par la collocation d'un créancier antérieur à hypothèque générale, se trouve par cela même subrogé aux droits de ce dernier. Cette opinion, qui crée un cas de subrogation légale, indépendamment de toute condition de paiement, et qui est d'ailleurs incompatible avec l'art. 1251, nº 1, n'a pas trouvé de partisans. Voy. les auteurs cités à la note 21 *supra*. Riom, 2 décembre 1819, Sir., 21, 2, 1. Poitiers, 22 avril 1825, Sir., 25, 2, 363. Toulouse, 15 juin 1827, Sir., 28, 2, 26. Req. rej., 14 décembre 1831, Sir., 32, 1, 176. Nîmes, 24 février 1845, Sir., 46, 2, 253. Voy. cep. Rouen, 14 mars 1826, Sir., 27, 2, 29.

[24] Cpr. les auteurs cités à la note 21 *supra*. Bourges, 18 janvier 1854, Sir., 54, 2, 97.

[25] Bien que nous supposions ici des hypothèques spéciales, portant sur des im-

Mais le principe ci-dessus posé serait susceptible d'un certain tempérament, si la distribution du prix de la totalité ou d'une partie des immeubles soumis à l'hypothèque du créancier premier en rang, se faisait par un seul et même ordre. Dans ce cas, et en supposant que ce créancier n'eût aucun intérêt légitime à s'opposer à un pareil mode de distribution [26], la collocation de sa créance pourrait et devrait être faite de manière que les créanciers postérieurs, les plus anciens, fussent payés de préférence aux créanciers plus récents [27].

meubles différents, et entre lesquelles il ne peut s'élever de véritable conflit, il n'en serait pas moins contraire au principe qui sera développé à la note 27 *infrà*, que l'expédient de la subrogation pût devenir, pour un créancier plus récent, un moyen d'améliorer sa position au détriment d'un créancier plus ancien. Pour bien faire comprendre la proposition émise au texte, nous donnerons l'exemple suivant : Pierre qui a une hypothèque spéciale sur une maison, inscrite le 1er mars 1860, et Paul qui a une hypothèque spéciale sur des fonds de terre, inscrite seulement le 1er avril 1860, se trouvent en concours avec un créancier antérieur à hypothèque générale ; Paul ne pourra pas, en payant ce dernier, faire porter l'effet de l'hypothèque générale, à laquelle il se trouverait subrogé, sur la maison hypothéquée à Pierre, pour affranchir ainsi les fonds de terre affectés à sa propre créance. Grenoble, 14 avril 1848, Sir., 52, 2, 21. Grenoble, 20 août 1853, Sir., 54, 2, 457. Voy. en sens contraire : Pont, nos 340 et 341. Cpr. Mourlon, *Des subrogations*, p. 117. Cet auteur estime que la subrogation obtenue par le créancier dernier inscrit, lui profiterait, en ce sens que la charge de l'hypothèque générale se répartirait, entre lui et les autres créanciers à hypothèque spéciale, dans la proportion de la valeur des immeubles affectés à chacun d'eux.

[26] Ce créancier aurait un intérêt légitime à s'opposer à ce mode de distribution, s'il avait, outre son hypothèque antérieure en rang, des hypothèques, spéciales ou générales, primées par d'autres créanciers. Dans ce cas, les créanciers intermédiaires ne pourraient l'empêcher d'exercer son hypothèque première en rang, de manière à dégrever, autant que possible, les immeubles affectés à ses hypothèques postérieures. Civ. cass., 4 mars 1833, Sir., 33, 1, 421. Paris, 26 février 1834, Sir., 34, 2, 394. Req. rej., 24 décembre 1844, Sir., 45, 1, 113. Req. rej., 16 août 1847, Sir., 47, 1, 832. Bourges, 30 avril 1853, Sir., 54, 2, 97. — Un créancier intermédiaire ne pourrait même pas, pour se procurer la subrogation à l'hypothèque première en rang, forcer le créancier à recevoir le remboursement de la créance à laquelle elle est attachée, sans lui garantir le paiement de ses autres créances. En effet, nul n'est tenu de prêter les mains à une subrogation que l'on ferait tourner contre lui-même.

[27] Un autre procédé consisterait à faire supporter la charge de l'hypothèque générale, antérieure en rang, par tous les immeubles grevés d'hypothèques spéciales postérieures, sans égard aux dates respectives des inscriptions, et au prorata de la valeur comparative de ces immeubles. On dit, en faveur de ce procédé, que si, entre des droits réels portant sur les mêmes objets, et se trouvant ainsi en conflit, la préférence se détermine par l'antériorité, il n'en est plus ainsi,

e. Le créancier dont l'hypothèque frappe sur plusieurs immeubles, peut, lorsqu'ils se trouvent dans les mains de différents tiers détenteurs, les poursuivre tous simultanément, ou u'attaquer qu'un seul d'entre eux, sans être tenu de s'adresser d'abord aux tiers détenteurs dont les acquisitions sont les plus récentes [28].

f. Le créancier à hypothèque générale, et qui a de plus une créance garantie seulement par une hypothèque spéciale d'un rang postérieur, peut, dans un ordre ouvert pour la distribution du

quand il s'agit de droits qui frappent, comme dans l'hypothèse dont il s'agit au texte, sur des immeubles différents. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° Transcription, § 6, n° 5; Duranton, XIX, 391; Mourlon, *Des subrogations*, p. 117 et suiv.; Pont, n° 345; Douai, 5 juillet 1843, Sir., 43, 2, 30. Mais ce système se refute par les considérations suivantes : Le crédit hypothécaire d'une personne se détermine par la valeur réunie de tous les immeubles qu'elle possède, et s'épuise à mesure des hypothèques qui viennent successivement s'y asseoir. Or, il est rationnel et conforme au principe de la publicité des hypothèques, que le créancier qui a obtenu une hypothèque en un temps où le crédit immobilier du débiteur n'était pas encore épuisé par des affectations antérieures, conserve, dans toute éventualité, une position meilleure que celui dont l'hypothèque a pris naissance à une époque où la valeur des immeubles du débiteur se trouvait déjà absorbée. Ce dernier pouvait-il avoir la prétention d'être traité, en cas de déconfiture du débiteur, sur le même pied que les créanciers intermédiaires entre lui et le créancier à hypothèque générale antérieure en rang, par le motif que leurs hypothèques respectives ne portaient pas sur les mêmes immeubles? L'art. 930 fournit un puissant argument à l'appui du mode de répartition indiqué au texte; cet article veut, en effet, que l'action en revendication à diriger contre les tiers détenteurs d'immeubles compris dans une donation sujette à réduction, soit exercée dans l'ordre inverse des acquisitions, et reconnaît ainsi que dans le cas où des droits réels, portant sur des immeubles différents, se trouvent compromis par l'insolvabilité de la personne du chef de laquelle ils procèdent, la perte doit être supportée par ceux dont les droits sont d'une origine plus récente. Grenier, I, 180. Troplong, III, 760. Paris, 28 août 1816, Sir., 17, 2, 376. Civ. rej., 16 juillet 1821, Sir., 21, 1, 360. Riom, 28 janvier 1828, Sir., 31, 2, 310. Poitiers, 15 décembre 1829, Sir., 30, 2, 92. Agen, 6 mai 1830, Sir., 31, 2, 310. Agen, 3 janvier 1844, Sir., 45, 2, 405. Req. rej., 5 août 1847, Sir., 47, 1, 830. Lyon, 24 mai 1850, Sir., 50, 2, 531. Cpr. Civ. rej., 26 décembre 1853, Sir., 54, 1, 81. Cet arrêt juge que lorsque le créancier à hypothèque générale, antérieur, ne demande pas à être colloqué sur tel ou tel immeuble, et qu'il consent à la division de sa collocation, on peut, sans violer aucune loi, répartir la collocation au marc le franc sur tous les immeubles, sans égard à la date des inscriptions spéciales qui les frappent.

[28] L'exception de discussion, admise par l'art. 2170 en faveur des tiers détenteurs, ne s'applique qu'aux immeubles qui sont restés dans les mains des principaux obligés. Paris, 31 août 1815, Sir., 16, 2, 12. Civ. cass., 6 mai 1818 Sir., 18, 1, 292. Voy. cep. Toulouse, 19 mars 1838, Sir., 38, 2, 458.

prix des immeubles affectés à cette dernière hypothèque, ne produire que pour la créance à laquelle elle s'applique, et poursuivre ultérieurement, en vertu de son hypothèque générale, les tiers détenteurs d'autres immeubles[29]. La même faculté appartiendrait au créancier à hypothèque spéciale, qui, ayant désintéressé un créancier antérieur à hypothèque générale, se trouverait subrogé aux droits de ce dernier[30].

g. Enfin le créancier qui a renoncé au bénéfice de son hypothèque sur un ou plusieurs des immeubles affectés à sa créance, conserve, en principe, le droit de l'exercer contre les tiers détenteurs des autres immeubles, bien que, par cette renonciation, il se soit mis dans l'impossibilité de les subroger dans ses droits et actions contre les détenteurs des biens qu'il a dégrevés[31].

§ 285.

2. *Des effets de l'hypothèque, en ce qui concerne la créance à laquelle elle est attachée.*

1° L'hypothèque répond de chaque portion de la créance à la sûreté de laquelle elle est affectée[1]. Art. 2114.

2° L'hypothèque garantit les créances à terme, conditionnelles, ou éventuelles, d'une manière aussi complète que les créances pures et simples. Art. 2148, n° 4, 2153, n° 3, 2195, al. 3, et arg. de ces articles. Toutefois, il y a, quant au mode de collocation, une distinction à faire entre les créances pures et simples ou à terme, d'une part, et les créances conditionnelles ou éventuelles, d'autre part.

[29] Les tiers détenteurs ne seraient même pas fondés à s'opposer à ces poursuites, sous le prétexte que leurs acquisitions étant antérieures à l'hypothèque spéciale du créancier poursuivant, celui-ci n'a pu, à leur préjudice, se faire payer de sa seconde créance : ils auraient à s'imputer de n'avoir pas purgé leurs acquisitions.

[30] Le fait du créancier postérieur en rang, d'avoir payé le créancier antérieur, dans le but d'obtenir la subrogation à son hypothèque générale, et de s'être abstenu de produire pour la créance garantie par cette hypothèque, ne saurait être considéré comme une combinaison frauduleuse, de nature à donner lieu à une exception de dol. Il n'y aurait là que l'exercice d'un droit et d'une faculté légale. Civ. cass., 3 mars 1856, Sir., 57, 1, 55.

[31] Voy. pour la justification de cette proposition § 287, texte n° 2 et note 27.

[1] Voy. sur les conséquences de ce principe : § 284, texte n° 3.

Le titulaire d'une créance à terme peut, lorsqu'un ordre s'ouvre pour la distribution du prix de l'immeuble qui lui est hypothéqué, demander une collocation actuelle et définitive, tout comme peut le faire celui dont la créance se trouve échue[2]. Il en est ainsi dans l'hypothèse où l'immeuble grevé vient à être exproprié pour cause d'utilité publique, aussi bien que dans les cas de vente volontaire ou d'expropriation forcée[3].

Lorsqu'il est question d'une créance soumise à une condition résolutoire, le créancier est encore fondé à demander une collocation actuelle, à charge toutefois de fournir caution de restituer, en cas d'accomplissement de cette condition, la somme à lui assignée, aux créanciers qui par suite de sa collocation se trouveraient inutilement colloqués[4].

Que s'il s'agissait d'une créance soumise à une condition suspensive, le créancier ne pourrait plus exiger une collocation actuelle; mais il serait autorisé à en réclamer une éventuelle, et par suite à demander que les fonds restent provisoirement entre les mains de l'acquéreur ou de l'adjudicataire, ou qu'ils soient versés à la caisse des dépôts et consignations. Les créanciers postérieurs n'auraient d'autre moyen d'écarter une pareille demande que celui d'offrir une caution hypothécaire, pour la restitution des deniers à eux distribués, au cas où la condition viendrait à s'accomplir[5].

[2] Art. 2184, et arg. de cet article. Paris, 28 novembre 1806, Sir., 6, 2, 275.

[3] Pont, n° 698. Martou, III, 1009. Paris, 13 février 1858, Sir., 58, 2, 170. Voy. en sens contraire : Delalleau, *De l'expropriation pour utilité publique*, I, 408 ; De Peyronny et Delamarre, *Commentaire des lois d'expropriation*, n° 249 ; Del Marmol, *Revue pratique*, 1861, XII, p. 209. Suivant ces auteurs, le débiteur exproprié pour cause d'utilité publique pourrait, en vertu de l'art. 2131, réclamer le droit de toucher lui-même l'indemnité d'expropriation, en offrant de constituer de nouvelles sûretés hypothécaires. Mais l'art. 2131, sur lequel ils se fondent, est complétement étranger à la question, puisque l'expropriation pour cause d'utilité publique opère, comme la vente volontaire ou l'expropriation forcée, la réalisation même du gage hypothécaire, et ne saurait, en aucune manière, être considérée comme une diminution de ce gage. D'un autre côté, si l'art. 2131 donne au débiteur la faculté d'offrir un supplément d'hypothèque, lorsque les sûretés originaires ont été diminuées par cas fortuit ou force majeure, c'est uniquement pour le soustraire à la nécessité de se procurer immédiatement les fonds nécessaires à un remboursement qu'il ne devait faire qu'après un certain terme ; et ce serait étendre cette faculté, contrairement à l'esprit dans lequel elle a été accordée, que de permettre au débiteur exproprié de toucher lui-même le montant de l'indemnité.

[4] Merlin, *Rép.*, v° Ordre de créanciers, § 4.

[5] Cpr. Merlin, *op. et loc. citt.* ; Civ. cass., 4 avril 1815, Sir., 15, 1, 275.

Dans l'hypothèse spéciale où il se trouve parmi les créances hypothécaires une rente viagère venant en ordre utile, le crédi-rentier a le droit d'exiger que la somme nécessaire pour produire des intérêts équivalents aux arrérages de la rente, reste entre les mains de l'acquéreur ou de l'adjudicataire, ou qu'elle soit consignée par lui, lorsqu'il refuse de se charger du service de la rente. Toutefois les créanciers postérieurs seraient admis à demander la délivrance des fonds, en s'engageant solidairement au service de la rente, et en offrant, pour sûreté de cet engagement, une nouvelle garantie hypothécaire, aussi solide et aussi facile à réaliser que la première[6].

3° L'hypothèque garantit en principe les intérêts ou les arrérages, aussi bien que le capital de la créance pour sûreté de laquelle elle est établie.

L'inscription prise pour le capital, avec la mention qu'il est productif d'intérêts ou d'arrérages[7], comprend virtuellement et de plein droit les arrérages ou intérêts de deux années et de l'année courante[8], de sorte que, sans qu'il soit nécessaire de les émarger

[6] Il existe de grandes divergences d'opinions sur la manière de régler, dans l'hypothèse indiquée au texte, les intérêts respectifs du crédi-rentier, des créanciers postérieurs en rang, et de l'acquéreur ou de l'adjudicataire. La solution que nous avons adoptée, repose sur les principes suivants, qui nous paraissent incontestables : 1° Le crédi-rentier ne peut, ni exiger le remboursement d'une somme principale, représentative de la rente, ni être contraint à accepter un pareil remboursement. Art. 1978 et 1979. 2° Il ne peut être forcé à diviser son action entre plusieurs débiteurs, ni à renoncer à ses sûretés hypothécaires contre un simple engagement personnel. 3° L'acquéreur ou l'adjudicataire n'est pas autorisé à retenir les fonds nécessaires pour assurer le paiement des arrérages, en offrant de se charger du service de la rente, et réciproquement on ne peut lui en imposer l'obligation. 4° Enfin, les créanciers postérieurs en rang sont en droit d'exiger la délivrance des fonds, en offrant de se substituer au débiteur primitif, et de fournir au crédi-rentier des sûretés hypothécaires équivalentes à celles qui lui avaient été données. Cpr. en sens divers : Persil, sur l'art. 2185, n° 3 ; Grenier, I, 186 ; Troplong, IV, 959 *quater ;* Dalloz, *Rép.*, v° Priviléges et Hypothèques, n^os^ 2305 et suiv. ; Paris, 5 juillet 1806, Sir., 6, 2, 230 ; Caen, 18 mai 1813, Sir., 14, 2, 399 ; Bourges, 25 mai 1827, Dalloz, *op. cit.*, n° 2310. Voy. aussi Riom, 24 août 1863, Sir., 64, 2, 65.

[7] Sans cette indication, les tiers seraient fondés à contester toute collocation d'intérêts ou d'arrérages non spécialement émargés dans l'inscription. Duranton, XX, 147. — Le créancier devrait même, pour éviter toute contestation, indiquer le taux des intérêts ou des arrérages.

[8] Paris, 25 thermidor an XIII, Sir., 5, 2, 316. — La collocation pour deux années d'intérêts, réclamée en vertu de l'art. 2151, ne peut comprendre les intérêts des intérêts, stipulés entre le créancier et le débiteur, ou dus par suite

spécialement dans l'inscription, le créancier jouit, en ce qui les concerne, du même rang d'hypothèque que pour le capital.

Mais les intérêts ou arrérages dus pour une période plus longue ne participent, en général, au bénéfice de l'hypothèque qu'à la condition d'inscriptions particulières, requises par le créancier au fur et à mesure de leur échéance, et ne prennent rang qu'à la date de ces inscriptions. Art. 2151 [9].

Sauf l'effet de ces inscriptions particulières, le créancier hypothécaire ne jouit, pour les intérêts non conservés de droit par l'inscription relative au capital, d'aucune garantie hypothécaire. Il en résulte que la disposition de l'art. 2151 peut être invoquée non-seulement par d'autres créanciers hypothécaires, mais encore par les créanciers simplement chirographaires [10], ainsi que par le tiers détenteur qui, sans purger, offre de payer le montant de la dette hypothécaire [11].

d'une demande judiciaire. Pont, nº 1027. Angers, 25 novembre 1846, Dalloz, 1847, 2, 53. Bourges, 30 avril 1853, Dalloz, 1854, 2, 52. — Il a cependant été jugé que le vendeur a droit d'être colloqué en vertu de son privilége, même pour les intérêts des intérêts du prix de vente. Bourges, 23 mai 1829, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IX, 2, 270.

[9] L'art. 2151 restreint d'une manière notable les effets de l'hypothèque, dont le bénéfice s'étendrait, sans cela, à tous les intérêts ou arrérages non prescrits. Cette restriction a pour objet, d'une part, d'empêcher qu'un créancier ne puisse, en laissant volontairement accumuler une somme considérable d'intérêts ou d'arrérages, diminuer notablement les sûretés acquises aux créanciers postérieurs, et, de l'autre, de prévenir les fraudes que le débiteur, de concert avec l'un des créanciers, pourrait commettre au préjudice des autres, en présentant comme encore dus des intérêts ou arrérages payés depuis longtemps.

[10] On avait voulu soutenir que l'art. 2151 concernait exclusivement les rapports des créanciers hypothécaires entre eux, et que les créanciers chirographaires n'étaient pas admis à se prévaloir de la restriction établie par cet article. Mais cette opinion devait être rejetée, parce que la loi ne reconnaît pas de position intermédiaire entre celles de créancier hypothécaire et de créancier chirographaire, et qu'une créance ne saurait avoir, vis-à-vis de créanciers simplement chirographaires, le caractère de créance hypothécaire, lorsqu'elle n'a pas ce caractère à l'égard des créanciers hypothécaires. Cpr. § 267. Pont, nº 1033. Civ. rej., 15 avril 1846, Sir., 46, 1, 818.

[11] *Non obstat* art. 2168. Cet article, en disant que le tiers détenteur est tenu de payer *tous les intérêts et capitaux exigibles*, se refère nécessairement aux art. 2166 et 2167, qui ne soumettent le tiers détenteur qu'à l'acquittement des charges hypothécaires inscrites. Troplong, III, 788. Martou, III, 1256. Pont, nº 1132. Zachariæ, 4e édit., § 285, note 2 (Ce dernier auteur avait dans sa troisième édition émis une opinion opposée). Bordeaux, 28 février 1850, Sir., 51, 2, 188. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2151, nº 11 ; Grenier, I, 101 ; Bruxelles, 4 avril 1806, Sir., 7, 2, 1003.

Cette limitation des effets de l'hypothèque ne s'applique pas aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs ou interdits, pour les intérêts qui ont couru pendant la durée du mariage ou de la tutelle, ainsi que pour ceux de l'année qui a suivi la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle[12]; mais à partir de l'expiration de cette année, et à supposer d'ailleurs que les droits de la femme aient été liquidés, ou que le compte de tutelle ait été apuré, les hypothèques dont s'agit retombent sous l'empire de l'art. 2151, et ce dans le cas même où elles auraient été inscrites avant l'expiration de l'année[13].

La disposition restrictive de l'art. 2151 ne s'applique pas davantage aux priviléges valablement conservés comme tels, et en particulier au privilége du vendeur[14].

Les arrérages d'une rente viagère se trouvent, comme ceux d'une rente perpétuelle, soumis à la limitation établie par l'art. 2151[15].

[12] Merlin, *Rép.*, v° Inscription hypothécaire, § 5, n° 14; et *Quest.*, v° Intérêts, § 6. Grenier, I, 104. Troplong, III, 701. Pont, n° 1030. Bourges, 23 mai 1829, Sir., 30, 2, 73. Paris, 5 mars 1834, Sir., 34, 2, 178. Voy. en sens contraire: Blondeau, *Revue de législation*, 1836, IV, p. 363 et suiv. — L'exception admise au texte en faveur des hypothèques légales des femmes mariées et des mineurs ou interdits, avait, avant la loi du 23 mars 1855, d'autant plus d'importance, que ces hypothèques restaient, même après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, et la liquidation des reprises de la femme ou l'apurement du compte de tutelle, indéfiniment dispensées de la nécessité de l'inscription.

[13] Arg. art. 8 de la loi du 23 mars 1855. Pont, n° 1032. Voy. cep. Metz, 26 août 1863, Sir., 63, 2, 251.

[14] L'art. 2151, qui parle *d'un créancier inscrit pour un capital*, de *rang d'hypothèque*, et *d'inscriptions particulières portant hypothèque à leur date*, ne concerne, d'après son texte, que les créanciers hypothécaires proprement dits; et par cela même qu'il restreint l'effet naturel de l'hypothèque, on ne doit pas en étendre la disposition aux créanciers privilégiés. Dans le système contraire, on scinde l'effet des priviléges, que l'on fait descendre, pour les intérêts de plus de deux ans et de l'année courante, au rang de simples hypothèques; transformation que la loi n'admet que dans le cas où le privilége n'a pas été dûment conservé. Troplong, I, 219. Duranton, XIX, 160, et XX, 152. Pont, n^os^ 192 et 1030. Civ. cass., 5 mars 1816, Sir., 16, 1, 171. Chamb. réun., cass., 1^er^ mai 1817, Sir., 17, 1, 199. Paris, 31 janvier 1818, Sir., 18, 2, 233. Bourges, 23 mai 1829, Sir., 30, 2, 73. Paris, 7 décembre 1831, Sir., 32, 2, 129. Civ. rej., 8 juillet 1834, Sir., 34, 1, 504. Req. rej., 11 mai 1863, Sir., 64, 1, 357. Voy. en sens contraire: Delvincourt, III, p. 339 et 340; Persil, sur l'art. 2151, n° 8; Grenier, I, 103; Blondeau, *op. cit.*, IV, p. 368; Nîmes, 12 décembre 1811, Sir., 13, 2, 376.

[15] Troplong, III, 700. Duranton, XX, 155. Blondeau, *op. cit.*, IV, p. 276. Req.

Les intérêts des créances ordinaires ne tombent sous l'application de cet article, qu'autant que le capital de la créance se trouvant déterminé, ils sont périodiquement exigibles[16]. Ainsi, l'inscription prise en vertu d'un jugement qui ordonne une reddition de compte ou la liquidation d'une société, conserve virtuellement tous les intérêts qui ont pu courir jusqu'au moment de la fixation définitive du reliquat, et de plus les intérêts de deux années et de l'année courante du reliquat ainsi fixé. De même encore l'inscription prise au profit de l'État, d'une commune, ou d'un établissement public, sur les biens d'un comptable, conserve virtuellement tous les intérêts courus depuis l'origine du débet jusqu'à l'arrêt qui l'a constaté[17], et en outre les intérêts de deux années et de l'année courante du débet tel qu'il a été fixé[18].

Les deux années d'intérêts ou d'arrérages que l'inscription prise à raison du capital conserve virtuellement au rang de celui-ci, ne peuvent s'entendre que d'intérêts ou d'arrérages à échoir. Quant aux années qui étaient déjà échues au moment de l'inscription, le créancier qui aurait négligé de les émarger, ne pourrait les réclamer au rang du capital[19]. Mais aussi, s'il les a compris dans l'inscription, sera-t-il autorisé à demander collocation au rang du capital, tant pour les intérêts ou arrérages ainsi conservés, que pour ceux de deux années échues depuis l'inscription et de l'année courante.

Du reste, les deux années d'intérêts ou d'arrérages que l'ins-

rej., 13 août 1828, Sir., 28, 1, 412. Bordeaux, 3 février 1829, Sir., 29, 2, 261. Bordeaux, 15 février 1832, Sir., 33, 2, 59. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 23 août 1826, Sir., 27, 2, 105.

[16] Quand la fixation du montant de la créance, pour sûreté de laquelle il a été pris inscription, dépend d'un réglement de compte ou d'une liquidation à faire, les intérêts auxquels le créancier peut avoir droit, entrent comme éléments dans la détermination du reliquat, et ne sauraient faire l'objet d'inscriptions particulières, pas plus que d'une prescription distincte de celle de la créance. Cpr. § 774, texte n° 2, et notes 23 à 27.

[17] Req. rej.. 12 mai 1829, Sir., 29, 1, 432. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 104 ; Troplong, III, 701 *bis ;* Duranton, XX, 154.

[18] Il est bien entendu que le montant du débet une fois fixé, l'hypothèque légale de l'État, des communes, et des établissements publics tombe, pour les intérêts à courir ultérieurement, sous l'application de l'art. 2151.

[19] Il est évident, en effet, que l'art. 2151, en parlant des intérêts de deux années et de ceux de l'année courante, n'a entendu parler que d'intérêts à échoir depuis le jour de l'inscription. Duranton, XX, 148. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2151, n° 5.

cription relative au capital conservé de plein droit, ne sont exclusivement, ni les années qui suivent immédiatement cette inscription, ni celles qui précèdent l'année courante. Le créancier peut, outre les intérêts ou arrérages de cette année, réclamer au rang du capital ceux de deux années quelconques, pourvu qu'ils ne soient pas prescrits[20].

L'année courante doit s'entendre de l'intervalle de temps qui s'est écoulé depuis la dernière échéance d'intérêts ou d'arrérages jusqu'au moment où par suite, soit du jugement d'adjudication sur expropriation forcée, soit de la notification faite, au cas de vente volontaire, conformément à l'art. 2183, l'inscription est à considérer comme ayant produit son effet légal[21].

[20] Merlin, *Quest.*, v° Inscription hypothécaire, § 2 *bis*. Grenier, I, 100. Troplong, III, 698. Duranton, XX, 149. Pont, n° 1016. Civ. cass., 27 mai 1816; Sir., 16, 1, 250.

[21] Suivant l'opinion admise par la plupart des auteurs, l'année courante serait celle qui a cours au moment de la demande en collocation. Voy. Blondeau, *Revue de législation*, 1835 et 1836, II, p. 178, et III, p. 342; Zachariæ, § 285, note 4; Pont, n°s 1019 et 1020; Olivier et Mourlon, n° 436; Flandin, *Rép.* de Dalloz, v^is^ Priviléges et Hypothèques, n° 2431. Telle est aussi l'interprétation que nous avions adoptée dans nos premières éditions; mais nous ne croyons pas devoir y persister. On reconnaît en effet généralement, que l'inscription est à considérer comme ayant produit son effet légal à partir, soit du jugement d'adjudication, en cas d'expropriation forcée, soit de la notification aux fins de purge, en cas d'aliénation volontaire; et s'il en est ainsi, l'inscription prise pour sûreté du capital, a dû assurer au créancier hypothécaire le droit irrévocable d'être colloqué au rang de son hypothèque pour deux années d'intérêts, et pour l'année courant à l'une ou à l'autre de ces époques, sans qu'il soit permis de reculer, à son détriment, l'année courante, au moment ultérieur de la demande en collocation. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que l'ordre n'étant que déclaratif, et non attributif, son effet se reporte au jour même où le droit des créanciers sur l'immeuble hypothéqué s'est trouvé converti en un droit sur le prix, et qu'ainsi la position de chacun d'eux doit être exactement la même que si l'ordre avait été dressé et clos immédiatement. Voy. en ce sens : Merlin, *Quest.*, v° Inscription hypothécaire, § 2; Grenier, I, 102, et II, 494; Paris, 26 décembre 1807, Sir., 8, 2, 63; Civ. cass., 22 novembre 1809, Sir., 10, 1, 73; Rouen, 28 juin 1810, Sir., 10, 2, 307; Bordeaux, 19 décembre 1826, Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 2426; Req. rej., 2 avril 1833, Sir., 33, 1, 378. — M. Troplong (III, 698 et suiv.) va plus loin encore, pour le cas du moins d'expropriation forcée : il estime que l'année courante est celle qui court au moment de la transcription de la saisie, par le motif, qu'à partir de ce moment les intérêts cessent d'être à la charge du débiteur primitif. Voy. encore dans ce sens : Req. rej., 5 juillet 1827, Sir., 28, 1, 105; Angers, 25 novembre 1846, Dalloz, 1847, 2, 53. Cette opinion repose sur l'idée d'une novation, qui, résultant de l'immobilisation des fruits opérée par la transcription de la saisie, substituerait, aux intérêts dus par le débiteur, les

A partir de ce moment, la disposition restrictive de l'art. 2151 cesse de recevoir application en ce sens que, quelle que soit l'époque à laquelle s'ouvrira l'ordre, et sauf l'effet de la prescription de cinq ans, le créancier aura le droit d'être colloqué au rang de son hypothèque pour tous les intérêts qui ont couru ultérieurement jusqu'à la clôture de l'ordre, et ce en sus des intérêts conservés en conformité de l'article précité[22].

Mais lorsque, après la clôture de l'ordre, l'immeuble exproprié est revendu sur folle enchère, ou que le contrat d'aliénation volontaire est résolu pour défaut de paiement du prix, les créanciers premiers en rang, ne peuvent, au préjudice des derniers, réclamer collocation dans l'ordre rectificatif pour les intérêts qui ont couru depuis la clôture de l'ordre primitif, et ils ne jouissent, pour le paiement de ces intérêts, que d'un recours personnel contre le fol enchérisseur ou l'acquéreur[23].

La faillite du débiteur, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou la vacance de sa succession, n'ont pas pour effet d'écarter la disposition restrictive de l'art. 2151. Mais aussi le créancier peut-il, malgré ces événements, conserver, par des inscriptions particulières, les intérêts qui ont couru depuis la faillite ou le décès du débiteur[24].

fruits ainsi immobilisés. Mais une pareille novation, fort contestable même sous l'empire de l'ancien art. 767 du Code de procédure, ne saurait plus être admise en présence du second alinéa du nouvel art. 765 du même Code (Loi du 21 mai 1858), d'après lequel les intérêts et arrérages des créanciers utilement colloqués, ne cessent, à l'égard de la partie saisie, qu'à dater de la clôture de l'ordre. D'ailleurs, les fruits immobilisés ne reviennent pas de plein droit aux créanciers antérieurs en rang, à l'exclusion des créanciers postérieurs ; ils accroissent la masse hypothécaire, c'est-à-dire la somme à répartir entre tous les créanciers, d'après leur rang et leurs droits respectifs.

[22] Code de procédure, art. 765, al. 2, et 768. Il serait injuste de faire perdre au créancier une partie quelconque des intérêts qui ont couru depuis le moment où son droit sur l'immeuble hypothéqué ayant été converti en un droit sur le prix, l'inscription avait produit son effet légal, d'autant qu'à partir de ce moment il ne pouvait plus, pour la conservation de ces intérêts, prendre de nouvelles inscriptions sur l'immeuble. Voy. dans ce sens, les autorités citées à la note précédente, en faveur de l'opinion que nous y avons développée.

[23] Pont, nº 1021. Douai, 9 juin 1843, et Agen, 9 août 1843, Sir., 44, 2, 18 et 20.

[24] Il résulte de l'esprit des art. 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce que les dispositions qu'ils renferment concernent exclusivement les inscriptions originaires, à prendre pour sûreté du capital, et ne s'appliquent pas aux inscriptions secondaires, destinées seulement à la conservation des intérêts. Ce que ces

4° Les frais et dépens auxquels le débiteur peut être condamné, participent, comme accessoires de la créance principale, aux sûretés hypothécaires attachées à cette créance. Toutefois, quand il s'agit d'une hypothèque soumise à la nécessité de l'inscription[25], ils n'ont rang qu'à partir de l'inscription prise en vertu du jugement de condamnation, à moins que dans l'inscription primitive le créancier n'ait émargé une somme représentant, par approximation, les frais et dépens éventuels, auquel cas ils jouissent, jusqu'à concurrence de l'évaluation qui en a été faite, du même rang que le principal[26].

Les mêmes règles s'appliquent aux dommages-intérêts prononcés contre le débiteur pour cause d'inexécution de ses engagements[27].

Il est du reste bien entendu que ce qui vient d'être dit des frais et dépens ne concerne que ceux qui ont été faits par le créancier pour la constatation et la conservation de sa créance. Quant aux frais avancés pour arriver à la saisie de l'immeuble hypothéqué et à la distribution du prix en provenant, ils sont privilégiés en vertu des art. 2101, n° 1, et 2104[28].

---

articles ont voulu empêcher, c'est qu'une créance pût être opposée comme hypothécaire aux créanciers de la faillite et à ceux de la succession bénéficiaire ou vacante, dans le cas où l'inscription qui devait lui assurer ce caractère, n'aurait pas été prise avant le jugement déclaratif de faillite ou le décès du débiteur. Mais l'inscription requise en temps utile pour la sûreté du capital devrait, en principe, garantir tous les intérêts à échoir, comme le capital même; et si l'art. 2151 a restreint, quant aux intérêts, l'effet naturel de cette inscription, il ne l'a cependant fait qu'en laissant au créancier la faculté de conserver, par des inscriptions particulières, les intérêts non garantis de plein droit. Or, il ne saurait être permis de séparer cette faculté de la restriction dont elle forme le correctif; et en privant le créancier de l'exercice de ce droit en raison, soit de la faillite du débiteur, soit de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou de la vacance de sa succession, on ajouterait en réalité à la rigueur de la loi. Pont, nos 889, 925 et 1024. Civ. rej., 20 février 1849, Sir., 50, 1, 185. Voy. en sens contraire: Demangeat, sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 292, à la note.

[25] L'hypothèque légale de la femme, pour les frais faits sur sa demande en séparation, remonte au jour même du mariage. Troplong, II, 418 *ter*. Riom, 5 février 1821, Sir., 23, 2, 23. Paris, 28 décembre 1822, Sir., 34, 2, 231, à la note. Caen, 25 novembre 1824, Sir., 26, 2, 70. Douai, 1er avril 1826, Sir., 27, 2, 39. Voy. en sens contraire: Rouen, 12 mars 1817, Sir., 17, 2, 170.

[26] Arg. art. 2148, n° 4. Grenier, I, 98. Troplong, III, 702 *bis*. Pont, n° 991.

[27] Troplong, III, 703. Cpr. Req. rej., 11 mars 1834, Sir., 34, 1, 345.

[28] Voy. § 274, note 8.

§ 286.

3. *Des rapports que l'hypothèque établit entre le créancier et le débiteur, considéré comme propriétaire de l'immeuble grevé*[1].

1° Le débiteur propriétaire de l'immeuble hypothéqué, conserve en principe l'exercice de toutes les facultés inhérentes au droit de propriété. Ainsi, il peut aliéner cet immeuble, le grever, soit de nouvelles hypothèques, soit de servitudes personnelles[2] ou réelles[3], et le donner en antichrèse[4]. Ainsi encore, il est en droit de vendre les fruits qui en proviennent, de le donner à bail, même pour plus de neuf années, et de céder ou de toucher par anticipation les loyers ou fermages. Enfin, il lui est également permis d'user de l'immeuble grevé comme il l'entend, et d'y faire tels changements matériels qu'il juge convenable.

2° Le principe qui vient d'être posé doit cependant se combiner avec cet autre principe, que le propriétaire de l'immeuble hypothéqué ne peut, au détriment des droits du créancier hypothécaire, faire aucun acte de disposition matérielle ou juridique qui, directement et de sa nature même, aurait pour conséquence de diminuer la valeur de cet immeuble.

De ce dernier principe découle pour tout créancier hypothécaire, sa créance fût-elle à terme ou subordonnée à une condition[5], le droit de sauvegarder, au moyen de mesures qui varient suivant les circonstances, ses intérêts compromis par des actes de cette espèce.

Ainsi, par exemple, lorsque le propriétaire d'une maison ou d'une forêt grevée d'hypothèque, entreprend la démolition de cette

[1] Les rapports que l'hypothèque fait naître entre le créancier hypothécaire et le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, ou le tiers qui a fourni l'hypothèque sans s'obliger personnellement, seront expliqués au § 287.

[2] L'usufruit constitué sur un immeuble hypothéqué, reste soumis à l'affectation hypothécaire; mais l'usufruitier est admis à purger son acquisition. Voy. § 293 *bis*, texte n° 3, et note 15.

[3] Voy. quant à la position respective du créancier hypothécaire et du propriétaire de l'héritage qui a acquis une servitude sur l'immeuble hypothéqué : § 250, texte n° 2., notes 7 et 8.

[4] Voy. quant aux effets d'une constitution d'antichrèse sur un immeuble antérieurement hypothéqué : art. 2091, al. 1er; § 438, texte *in fine*.

[5] Le créancier, dont la créance n'est pas encore exigible, n'en a pas moins un intérêt né et actuel à faire maintenir l'intégrité de son gage.

maison, ou procède avant le terme normal de la coupe à l'abatage des arbres de cette forêt, les créanciers hypothécaires sont autorisés à provoquer l'établissement d'un sequestre chargé de maintenir les choses dans l'état où elles se trouvent, et à demander que le prix des matériaux de démolition ou des arbres abattus, restés en la possession du débiteur, soit déposé à la caisse des consignations, pour être ultérieurement distribué entre eux, avec le prix de l'immeuble même, suivant leur rang d'hypothèque[6]; mais ils seraient privés de toute action contre les tiers de bonne foi auxquels ces objets auraient été vendus et livrés. Art. 2279.

Quand le propriétaire de l'immeuble grevé, au lieu de procéder lui-même à la démolition ou à l'abatage, a vendu la maison pour être démolie ou les arbres pour être abattus, les créanciers hypothécaires sont en droit de s'opposer à l'exécution de la vente, encore qu'elle ait été passée au profit d'un acquéreur de bonne foi[7]. Mais si elle avait été définitivement consommée par la démolition ou par l'abatage, opérés sans opposition de la part des créanciers, ceux-ci ne seraient pas autorisés à suivre les matériaux de démolition ou les bois abattus entre les mains de l'acquéreur[8].

Lorsque les dégradations sont définitivement consommées, et que le gage hypothécaire se trouve diminué de manière à ne plus fournir pleine et entière sécurité aux créanciers hypothécaires, ils peuvent, alors même que leurs créances seraient conditionnelles ou éventuelles, provoquer immédiatement l'estimation des dégradations commises, et demander, soit un supplément d'hypothèque, soit le dépôt à la caisse des consignations du montant de cette estimation[9].

Des solutions analogues doivent être admises dans le cas où le propriétaire d'un fonds ou d'un bâtiment auquel se trouvent attachés des immeubles par destination, les a aliénés séparément du fonds ou du bâtiment dont ils forment des accessoires[10]. En pareil cas, la vente ne serait à considérer comme consommée que par la tradition faite au profit d'un acquéreur de bonne foi.

Du reste, il est bien entendu que, dans les différentes hypothèses

[6] Delvincourt, III, p. 291 et 292. Paris, 26 août 1809, Sir., 10, 2, 189. Cpr. Civ. rej., 26 janvier 1808, Sir., 9, 1, 65.

[7] Cpr. § 164, texte nº 1, et note 27.

[8] Req. rej., 9 août 1825, Sir., 26, 1, 133.

[9] Orléans, 24 mars 1859, Sir., 59, 2, 673.

[10] Cpr. § 164, texte nº 1, et note 74.

dont il vient d'être question, les créanciers hypothécaires pourraient toujours, bien que leurs créances ne fussent pas encore échues, en poursuivre le remboursement immédiat, en faisant déclarer le débiteur déchu du bénéfice du terme. Art. 1188.

Ce droit leur appartient également, lorsque le propriétaire de l'immeuble hypothéqué a fait des actes de disposition juridique qui, sans diminuer la valeur de cet immeuble, ont cependant pour résultat de rendre plus difficile ou plus dispendieuse la réalisation du gage hypothécaire. C'est ce qui aurait lieu, du moins pour les hypothèques conventionnelles, si le débiteur n'avait aliéné qu'une partie de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués, ou qu'il les eût aliénés en totalité, mais au profit de personnes différentes[11].

3° D'un autre côté, le droit de disposition et celui de jouissance que le propriétaire de l'immeuble hypothéqué conserve en principe, se trouvent, au cas de saisie de cet immeuble, restreints ou même paralysés, dans l'intérêt des créanciers hypothécaires, par l'effet, soit du commandement préalable à la saisie, soit de la transcription du procès-verbal de saisie, soit enfin de l'immobilisation des fruits attachée à cette transcription.

a. Aux termes de l'art. 684 du Code de procédure, les baux passés par le propriétaire de l'immeuble saisi peuvent être annulés, à la demande des créanciers ou de l'adjudicataire, lorsqu'ils n'ont pas acquis date certaine avant le commandement qui a servi de base à la poursuite[12]. Au cas contraire, de pareils baux seraient

[11] Une aliénation partielle ou divisée pourrait mettre le créancier dans la nécessité de poursuivre séparément plusieurs tiers détenteurs, ou de recevoir par parties ce qui lui est dû si ces derniers usaient de la faculté de purger. Req. rej., 9 janvier 1810, Sir., 10, 1, 139. Civ. cass., 4 mai 1812, Sir., 12, 1, 321. Poitiers, 28 décembre 1831, Sir., 32, 2, 636. Pau, 23 août 1834, Sir., 35, 1, 120. Cpr. aussi Paris, 21 janvier 1814, Sir., 15, 2, 54. Voy. cep. Toullier, VI, 666 à 668; Duranton, XI, 126 à 128; Troplong, II, 544; Pont, n° 694; Paris, 11 février 1815, Sir., 16, 2, 214. Dans ce dernier système, le fait seul d'une aliénation partielle ou divisée ne suffirait pas pour justifier la demande tendant à faire déclarer le débiteur déchu du bénéfice du terme; il faudrait de plus que les acquéreurs se fussent déjà mis en mesure d'opérer la purge de leurs acquisitions. Cette modification ne nous semble pas devoir être admise: il y a diminution des sûretés hypothécaires, dont l'objet est d'assurer l'acquittement de la dette sur le prix des immeubles hypothéqués, par cela seul que le créancier, à défaut de paiement de la part du débiteur, sera obligé de se présenter à des ordres différents et de recevoir des paiements partiels, ou même d'exercer des poursuites distinctes contre plusieurs détenteurs.

[12] Un commandement antérieur à la date certaine des baux, qui se trouverait

opposables aux créanciers, peu importe qu'ils fussent postérieurs ou antérieurs aux inscriptions prises par ces derniers, si d'ailleurs ils n'excédaient pas le terme de dix-huit ans [13]. Quant aux baux de plus longue durée, même ayant acquis date certaine avant le commandement, ils ne peuvent jamais être opposés aux créanciers hypothécaires pour plus de dix-huit ans [14], s'ils n'ont pas été transcrits antérieurement à cet acte [15]; et dans le cas même où ils l'ont été, ils ne sont opposables que pour ce terme, et non pour toute leur durée, si la transcription n'en a eu lieu que postérieurement aux inscriptions prises par ces créanciers [16].

b. Après la transcription de la saisie, le propriétaire de l'immeuble qui en a été frappé, ne peut plus l'aliéner au détriment du saisissant et des créanciers hypothécaires. Code de proc., art. 686 et 687. Les motifs et les effets de cette prohibition sont expliqués au n° 2 du § 351. Nous ajouterons seulement que si la vente avait acquis date certaine avant la transcription de la saisie, elle serait opposable au saisissant et aux créanciers hypothécaires, bien qu'elle

périmé d'après l'art. 674 du Code de proc., serait à considérer comme non avenu au point de vue qui nous occupe. Req. rej., 27 janvier 1862, Sir., 62, 1, 232.

[13] Troplong, *De la transcription*, n° 202. Rivière et Huguet, *Quest. sur la transc.*, n° 231. Pont, n° 369. Req. rej., 8 avril 1863, Sir., 63, 1, 372.

[14] Voy. sur le point de départ de ce terme : § 174, texte n° 3, et note 13.

[15] Les baux de plus de dix-huit ans devant être transcrits pour devenir complétement efficaces à l'égard des tiers qui ont acquis et conservé des droits sur l'immeuble loué, il en résulte que de pareils baux ne peuvent être opposés pour plus de dix-huit ans aux créanciers hypothécaires, lorsque la transcription n'en a été effectuée qu'après le commandement, c'est-à-dire à une époque où le saisi n'avait plus pleine et entière capacité pour louer.

[16] Duvergier, sur l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855. Troplong, *De la transcription*, n° 201. Flandin, *De la transcription*, II, 1252 à 1260. Mourlon, *Revue pratique*, 1862, XIII, p. 325 à 332. Voy. en sens contraire : Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, n^os^ 219 et suiv.; Pont, n° 368. Suivant ces auteurs, les baux de plus de dix-huit ans pourraient être opposés aux créanciers hypothécaires pour toute leur durée, alors même qu'ils n'auraient été transcrits que postérieurement aux inscriptions de ces créanciers. Cette opinion méconnaît complétement, à notre avis, l'esprit de la loi du 23 mars 1855, dont toutes les dispositions sont fondées sur cette idée, qu'en cas de collision de droits soumis, pour leur conservation et leur complète efficacité, à une condition de publicité, la préférence est due à la partie qui la première a accompli la formalité de la transcription ou celle de l'inscription. Les baux excédant dix-huit années ne peuvent pas plus être opposés pour toute leur durée à des créanciers hypothécaires antérieurement inscrits, qu'ils ne pourraient l'être à un acquéreur dont le titre aurait été transcrit avant que ces baux eussent eux-mêmes été soumis à la transcription.

n'eût été transcrite que postérieurement à la transcription de la saisie[17].

c. L'effet des cessions de fermages ou de loyers non échus que le propriétaire de l'immeuble hypothéqué aurait consenties par anticipation, peut, à raison de l'immobilisation des fruits attachée à la transcription de la saisie, se trouver restreint d'après les distinctions suivantes :

Lorsqu'une pareille cession n'a été signifiée ou acceptée, et n'est ainsi devenue efficace à l'égard des tiers en général, qu'après les inscriptions des créanciers hypothécaires, elle ne peut leur être opposée pour aucune partie des loyers ou fermages à échoir postérieurement à la transcription de la saisie[18]. Il en est ainsi, soit

[17] Voy. sur cette proposition : § 209, texte lett. *C*, notes 94 et 95.

[18] La plupart des auteurs, se fondant sur ce que l'hypothèque n'enlève pas au propriétaire de l'immeuble grevé le droit d'administration et de libre jouissance, enseignent que, sauf le cas de fraude, les cessions ou quittances anticipées de loyers ou fermages non échus étaient, avant la loi du 23 mars 1855, opposables, quel qu'en fût le terme, et le sont encore aujourd'hui, lorsqu'elles ont été consenties ou délivrées pour moins de trois ans, même aux créanciers hypothécaires antérieurs. Voy. Grenier, II, 444 ; Duvergier, *Du louage*, I, 464 ; Troplong, III, 777 *ter ;* Pont, n° 366 ; Flandin, *op. cit.*, II, 1281. L'opinion de ces auteurs a même été consacrée par plusieurs arrêts de Cours d'appel. Voy. Rouen, 4 avril 1843, Sir., 43, 2, 413 ; Douai, 26 février 1850, Sir., 50, 2, 517 ; Colmar, 6 août 1851, Sir., 54, 2, 429 ; Nîmes, 7 juillet 1852, Sir., 53, 2, 53 ; Rouen, 18 février 1854, Sir., 56, 2, 38. Cette manière de voir, qui reconnaît au propriétaire de l'immeuble grevé d'hypothèque la possibilité légale de diminuer la valeur du gage hypothécaire, ne nous paraît pas admissible. Par l'effet même de l'hypothèque, le créancier acquiert un droit réel, non-seulement sur l'immeuble grevé lui-même, mais encore sur les fruits qu'il pourra produire. Ce droit, en tant qu'il porte sur les fruits, est, il est vrai, suspendu jusqu'au moment de l'exercice de l'hypothèque ; il ne se réalise que par les actes auxquels la loi attache l'immobilisation des fruits, et notamment par la transcription de la saisie. Mais cette immobilisation, ayant sa cause génératrice dans le droit hypothécaire, et non dans la transcription de la saisie, remonte par cela même, quant à ses effets, au jour où le droit réel que confère l'hypothèque, est devenu efficace à l'égard des tiers, et doit ainsi assurer aux créanciers hypothécaires, quant aux fruits frappés d'immobilisation, la préférence sur les cessionaires par anticipation de loyers ou de fermages non échus, dont le droit est purement personnel, et se trouve en réalité postérieur à celui des créanciers hypothécaires, bien que les cessions aient acquis date certaine avant la transcription de la saisie. Les considérations que nous venons de développer ont évidemment servi de base aux dispositions du premier alinéa de l'art. 2091, qui fournit ainsi un argument décisif en faveur de notre opinion. Voy. en ce sens : Tarrible, *Rép.*, v° Tiers détenteur, n° 4 ; Duranton, XVII, 163 ; Nîmes, 28 janvier 1810, Sir., 14, 2, 96 ;

que la cession ait pour objet moins de trois années de loyers ou fermages [19], soit que, portant sur plus de trois années, elle ait été transcrite antérieurement à la transcription de la saisie [20].

Quand la cession a été signifiée ou acceptée avant les inscriptions des créanciers hypothécaires, elle peut, bien qu'elle n'ait été transcrite que plus tard, leur être opposée, mais pour moins de trois années seulement de loyers ou fermages à échoir depuis la transcription de la saisie [21].

Civ. cass., 5 novembre 1813, Sir., 14, 1, 6; Nîmes, 24 août 1819, Sir., 20, 2, 334; Rouen, 1er février 1854, Sir., 56, 2, 398; Req. rej., 23 mars 1859, Sir., 60, 1, 72.

[19] Voy. la note précédente. — On ne saurait, sous ce rapport, appliquer à une cession de loyers ou de fermages à échoir, qui n'a été signifiée ou acceptée que postérieurement aux inscriptions des créanciers hypothécaires, la solution que nous avons donnée pour les baux postérieurs à ces mêmes inscriptions. Si le bail d'un immeuble déjà grevé d'hypothèques peut, malgré cela, être opposé pour dix-huit années aux créanciers antérieurement inscrits, la raison en est que, restreint à ce terme, la loi ne le considère pas comme affectant la valeur de l'immeuble hypothéqué. Mais il en est autrement d'une cession anticipée de loyers ou de fermages qui, si elle devait être maintenue, restreindrait l'effet de l'immobilisation des fruits et diminuerait nécessairement la valeur de l'immeuble grevé.

[20] Gauthier, *Résumé sur la transcription*, n° 187. Flandin, *op. cit.*, II, 1281. Mourlon, *De la transcription*, n° 503. Riom, 11 décembre 1860, Sir., 62, 2, 415. Voy. en sens contraire : Rivière et Huguet, *op. cit.*, n° 231; Pont, n° 368. L'opinion de ces auteurs, sur ce point, se rattache à celle qu'ils admettent relativement aux baux de plus de dix-huit ans; elle se réfute par les raisons développées à la note 16 *supra*.

[21] La proposition énoncée au texte est hors de controverse dans l'hypothèse où la cession n'a été consentie que pour moins de trois années de loyers ou fermages à échoir, puisque la loi du 23 mars 1855 est étrangère à cette hypothèse, qui continue à être régie par les principes du Code Napoléon. Mais elle a été contestée quant aux cessions anticipées portant sur trois années ou plus de loyers ou fermages, et l'on a soutenu que les cessions de cette durée étant présumées suspectes, ne pouvaient, dans l'hypothèse indiquée au texte, être maintenues même pour moins de trois années. Voy. Troplong, *De la transcription*, n° 209; Sellier, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855*, n° 92; Gauthier, *op. cit.*, n° 185. Le point de vue auquel se place cette opinion, nous paraît complétement inexact. Si le législateur de 1855 a cru devoir soumettre à la formalité de la transcription les cessions portant sur trois années ou plus de loyers ou fermages à échoir, ce n'est pas qu'il les ait considérées comme étant plus suspectes que celles qui ont été consenties pour une durée moindre, mais par la raison que de pareils actes affectant la valeur de la propriété d'une manière d'autant plus sensible qu'ils se rapportent à un plus long espace de temps, il devenait nécessaire de les porter à la connaissance du public, lorsque l'effet doit s'en prolonger au delà d'un certain terme. *Rapport* de M. Debelleyme, Sir., *Lois anno-*

Enfin, si la formalité de la signification ou de l'acceptation, et celle de la transcription ont été accomplies l'une et l'autre à une date antérieure aux inscriptions des créanciers hypothécaires, la cession peut, sauf le cas de fraude, leur être opposée pour toute sa durée, même en ce qui concerne les loyers ou fermages à échoir postérieurement à la transcription de la saisie.

Les distinctions précédentes doivent être appliquées, *mutatis mutandis*, aux quittances constatant des paiements par anticipation de loyers ou de fermages non échus. De pareilles quittances ne peuvent être opposées aux créanciers hypothécaires pour aucune partie des loyers ou fermages à échoir postérieurement à la transcription de la saisie, lorsqu'elles n'ont pas acquis date certaine antérieurement à leurs inscriptions. Au cas contraire, elles leur sont opposables, pour moins de trois ans, si elles n'ont pas été transcrites avant ces inscriptions, et pour toute leur durée dans le cas où la transcription en a été opérée à une date antérieure[22].

L'influence que l'immobilisation des fruits attachée, soit à la sommation faite au tiers détenteur de payer ou de délaisser, soit à la notification à fins de purge faite par l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué, doit exercer sur le sort des cessions ou quittances anticipées de loyers ou de fermages, consenties ou délivrées par l'ancien propriétaire de cet immeuble, sera expliquée aux §§ 287 et 294.

4° Lorsque les immeubles conventionnellement constitués en

tées 1855, p. 27, n° 3. Nous ne comprendrions pas, d'un autre côté, que l'absence de transcription dût avoir pour effet d'entacher de suspicion des actes ayant d'ailleurs acquis date certaine, et que l'accomplissement de cette formalité eût, au contraire, pour résultat de les purger de tout soupçon de fraude. Enfin, comme les baux de plus de dix-huit ans, que la loi du 23 mars 1855 soumet à la formalité de la transcription, peuvent, quoique non transcrits, être opposés aux tiers pour une durée de dix-huit années, on ne verrait pas pourquoi les cessions de loyers ou fermages à échoir, qui ne sont sujettes à transcription que lorsqu'elles ont été consenties pour trois ans ou plus, ne seraient pas également, en l'absence de cette formalité, opposables aux tiers pour un laps de temps inférieur à trois années. Flandin, *op. cit.*, II, 1279 et 1280.

[22] Voy. sur ces différentes propositions, les autorités citées aux notes 18 à 21 *supra*. Il n'existe, au point de vue qui nous occupe, d'autre différence entre les cessions et les quittances anticipées, si ce n'est qu'il ne peut, quant à ces dernières, être question des formalités prescrites par l'art. 1690, et que, hors le cas où elles sont soumises à transcription, le seul point à examiner est celui de savoir si elles ont ou non acquis date certaine avant les inscriptions des créanciers hypothécaires.

hypothèque ont, par suite de cas fortuit ou de force majeure [23], totalement péri, ou subi des dégradations telles qu'ils ne suffisent plus à la sûreté de la créance [24], le créancier peut exiger le remboursement immédiat de cette dernière, à moins que le débiteur n'offre de lui consentir une nouvelle affectation hypothécaire, ou de lui fournir un supplément d'hypothèque [25]. Art. 2131.

Cette règle s'applique même au cas où les immeubles hypothéqués, se trouvant entre les mains de tiers détenteurs, auraient subi des dégradations par le fait de ces derniers, de telle sorte que le débiteur pourrait être contraint au remboursement de la créance, s'il ne fournissait pas un supplément d'hypothèque [26].

Mais le créancier ne serait pas admis à invoquer la disposition de l'art. 2131, sous le prétexte de l'insuffisance des sûretés hypothécaires, si cette insuffisance avait déjà existé au moment de la constitution de l'hypothèque [27], ou si elle était le résultat d'une dépréciation de valeur indépendante de toute détérioration ou dégradation de l'immeuble [28].

[23] C'est à cette hypothèse que s'applique, d'après son texte même, l'art. 2131; tandis que l'art. 1188 suppose une perte ou une détérioration provenant du fait du débiteur.

[24] Dans le cas que prévoit l'art. 1188, le débiteur est privé du bénéfice du terme, par cela seul que les sûretés ont été diminuées; tandis que, dans l'hypothèse indiquée par l'art. 2131, il faut, en outre, qu'elles soient devenues insuffisantes pour la garantie des droits du créancier.

[25] L'art. 2131 porte à la vérité que le créancier peut, ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque, ce qui semblerait lui laisser l'option entre l'exercice de l'une ou de l'autre de ces facultés. Mais cette interprétation ne nous paraît pas admissible. On comprend que, dans le cas où les sûretés ont été diminuées par le fait même du débiteur, ce dernier soit, conformément à l'art. 1188, privé d'une manière absolue du bénéfice du terme, sans pouvoir arrêter l'action en remboursement en offrant un supplément d'hypothèque. Mais il en est tout autrement, lorsque, la diminution des sûretés ayant eu lieu par cas fortuit ou force majeure, aucune contravention n'a été commise à la loi du contrat; et il y aurait, dans cette hypothèse, injustice évidente à donner au créancier le droit de poursuivre en remboursement le débiteur qui offrirait un supplément d'hypothèque. Delvincourt, III, 309. Duranton, XI, 121, et XIX, 380. Troplong, II, 542. Pont, nº 692. Rouen, 10 mai 1839. Dalloz, *Rép.*, vº Priviléges et hypothèques, nº 1333. Voy. en sens contraire: Civ. cass., 17 mars 1818, Sir., 18, 1, 260.

[26] Orléans, 24 mars 1859, Sir., 59, 2, 673.

[27] Persil, sur l'art. 2131, nº 5. Duranton, XIX, 383. Pont, nº 693. Voy. en sens contraire: Rouen, 24 août 1810, Sir., 13, 2, 221.

[28] Duranton, XIX, 382. Pont, *loc. cit.*

§ 287.

De la poursuite de l'hypothèque contre le tiers détenteur, et des rapports que l'hypothèque établit entre lui et les créanciers hypothécaires.

1° *Du droit de poursuite du créancier.*

Le créancier hypothécaire, dont la créance est devenue exigible[1], peut, lorsque l'immeuble hypothéqué a passé entre les mains d'un tiers détenteur qui n'a pas rempli les formalités de la purge, en poursuivre l'expropriation contre ce dernier, comme il eût pu le faire contre le débiteur personnel de cette créance[2]. Art. 2166 et 2167.

Toutefois, son droit de poursuite est subordonné aux conditions et modifications déterminées par les art. 2168, 2169 et 2183.

[1] D'après l'art. 2167, le tiers détenteur jouit, en effet, des termes et délais accordés au débiteur personnel, même de ceux de grâce, de sorte que la dette hypothécaire ne peut être poursuivie contre lui que lorsqu'elle est devenue exigible à l'égard de ce dernier. Persil, sur l'art 2167. Grenier, II, 361. Pont, n° 1131. Voy. cep. Duranton, XX, 232; Taulier VII, p. 381. — Mais aussi la poursuite est-elle permise contre le tiers détenteur, par cela seul que la dette est devenue exigible, n'importe par quelle circonstance, vis-à-vis du débiteur personnel, par exemple, par suite de la faillite de celui-ci. Delvincourt, III, p. 379. Martou, III, 1252. Pont, *loc. cit.* Dalloz, *Jur. gen*, v° Priv. et hyp., n° 1780. Voy. en sens contraire : Duranton, XX, 229 ; Taulier, *loc. cit.*

[2] Dans notre ancien Droit, d'après lequel les hypothèques étaient occultes, le créancier ne pouvait provoquer, par forme de décret, la vente de l'immeuble hypothéqué sur le tiers détenteur, qu'après avoir, au moyen de l'action hypothécaire, fait condamner ce dernier à payer ou à délaisser. Aujourd'hui que, suivant l'art. 2167, le tiers détenteur se trouve, *par l'effet seul des inscriptions*, hypothécairement obligé, cette action n'a plus d'objet ; elle devrait donc être déclarée frustratoire et non recevable. Grenier, II, 339. Colmar, 15 janvier 1808, Sir., 10, 2, 537. Paris, 25 décembre 1808, Sir., 9, 2, 50. Civ. rej., 6 mai 1811, Sir., 12, 1, 43. Civ. cass., 27 avril 1812, Sir., 12, 1, 300. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 11 avril 1810, Sir., 11, 2, 87. Mais, à côté de l'action hypothécaire proprement dite, on admettait encore dans notre ancienne pratique la demande en déclaration ou en reconnaissance de l'hypothèque, comme moyen d'interrompre la prescription au regard du tiers détenteur. Une pareille demande serait encore aujourd'hui, comme elle l'était autrefois, recevable et nécessaire au cas où, la créance hypothécaire n'étant pas encore exigible, le créancier se trouverait dans l'impossibilité d'agir par voie de sommation. Cpr. § 214, texte n° 2, et note 21. Caen, 23 mars 1847, Sir., 48, 2, 760.

Aux termes de l'art. 2169, le créancier doit avant tout faire, au débiteur personnel de la dette hypothécaire[3], un commandement dans la forme réglée par l'art. 673 du Code de procédure[4], puis ensuite adresser au tiers détenteur une sommation de payer cette dette ou de délaisser l'immeuble hypothéqué. Ce n'est que trente jours après la date de cette sommation qu'il peut être donné suite à la saisie sur le tiers détenteur.

La sommation de payer ou de délaisser, dont l'efficacité se trouve ainsi subordonnée à la signification préalable d'un commandement au débiteur personnel[5], se fait dans la forme ordinaire des ex-

[3] C'est ainsi qu'on doit entendre les termes des art. 2167 et 2169, *débiteur originaire*, dont l'exactitude est très-contestable, en ce qu'ils supposeraient une succession de débiteurs qui n'existe pas. Cpr. Civ. rej., 17 janvier 1816, Sir., 16, 1, 145.

[4] On a prétendu que le commandement exigé par l'art. 2169 du Code Napoléon n'est pas soumis aux règles établies par les art. 673 et 674 du Code de procédure. Cette manière de voir, que repousse l'art. 2217 auquel se refère évidemment l'art. 2169, ne nous paraît pas devoir être admise. Cpr. texte et notes 8 à 10 *infra*.

[5] La plupart des auteurs, tout en reconnaissant que, dans l'ordre rationnel, et d'après la construction grammaticale de l'art. 2169, le commandement doit précéder la sommation, enseignent cependant que celle-ci ne serait pas viciée de nullité pour avoir été signifiée en premier lieu. Voy. Grenier, II, 341; Troplong, III, 791; Taulier, VII, p. 380; Martou, III, 1267; Pont, nº 1144; Zachariæ, § 287, texte et note 12. Voy. aussi dans ce sens: Riom, 6 août 1842, Sir., 42, 2, 483; Amiens, 15 janvier 1847, Sir., 48, 2, 734. Mais cette opinion conduirait à des conséquences qui doivent la faire rejeter. En effet, aux termes de l'art. 2183, le tiers détenteur est déchu de la faculté de purger après les trente jours à dater de la sommation qui lui a été adressée; et c'est uniquement à raison de la déchéance de cette faculté que, suivant l'art. 2169, il est permis de procéder contre lui par voie de saisie. Or, si le commandement pouvait être fait valablement après la sommation, et pendant les trois années durant lesquelles celle-ci conserve son effet, le tiers détenteur pourrait se trouver déchu de la faculté de purger longtemps avant qu'il fût passible de la saisie, ce qui détruirait complétement l'harmonie qui existe entre les dispositions des art. 2169 et 2183. D'un autre côté, la sommation de payer ou de délaisser doit produire, d'après l'art. 2176, l'immobilisation des fruits de l'immeuble hypothéqué; et il serait inexplicable qu'un pareil effet fût attaché à cet acte, alors même que, n'ayant pas été précédé d'un commandement, le créancier ne se trouverait pas en mesure de procéder à la saisie. Ces observations prouvent jusqu'à l'évidence, à notre avis, que le législateur a considéré la signification d'un commandement au débiteur personnel, comme le préliminaire indispensable de la sommation à faire au tiers détenteur, et comme la condition essentielle de son efficacité. Persil, sur l'art. 2169, nº 2. Duranton, XX, 368. Caen, 9 août 1824, Sir., 25, 2, 336. Toulouse, 29 juin 1836, Sir., 37, 2, 27. Req. rej., 2 mars 1840, Sir.,

ploits. Elle n'est pas assujettie aux formalités spéciales prescrites pour le commandement; ainsi, il n'est pas nécessaire qu'elle contienne copie des titres en vertu desquels le créancier agit [6]. Mais elle doit, à peine d'inefficacité, donner une désignation suffisante de l'immeuble auquel elle s'applique [7].

La péremption dont se trouve frappé, d'après l'art. 674 du Code de procédure, le commandement qui n'a pas été mis à exécution dans les quatre-vingt-dix jours de sa date, s'applique au commandement exigé par l'art. 2169 [8]. Il en résulte que ce commandement devrait, à peine de nullité de la poursuite, être réitéré, si la sommation au tiers détenteur n'avait point été faite dans le délai de quatre-vingt-dix jours qui vient d'être indiqué [9], ou si, cette sommation ayant été signifiée en temps utile, la saisie elle-même n'avait pas été pratiquée dans ce délai [10]. Quant à la sommation faite au tiers détenteur, son effet dure trois ans; et il ne devient nécessaire de la réitérer qu'autant que la saisie immobilière n'a pas eu lieu avant l'expiration de ce terme [11].

40, 1, 345. Nîmes, 10 décembre 1850, Dalloz, 1851, 2, 205. Nîmes, 28 janvier 1856, Sir., 56, 2, 301.

[6] Troplong, III, 794. Pont, n° 1150. Civ. cass., 16 avril 1821, Sir., 21, 1, 414. Douai, 18 mai 1836, Sir., 37, 2, 328. Bourges, 1er avril 1839, Sir., 39, 2, 449. Bordeaux, 15 mai 1839, Sir., 39, 2, 389. Paris, 17 janvier 1840, Sir., 40, 2, 53. Riom, 6 août 1842, Sir., 42, 2, 483.

[7] Req. rej., 6 juin 1860, Sir., 61, 1, 356.

[8] Arg. art. 2217, cbn. 2169. Voy. texte et note 4 *supra*. Pont, n° 1147. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 790 ; Duranton, XX, 240.

[9] Civ. rej., 14 mai 1839, Sir., 39, 1, 569. Req. rej., 16 mai 1843, Sir., 44, 1, 283.

[10] Montpellier, 29 novembre 1824, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 450. Nîmes, 12 février 1833, Sir., 33, 2, 178. Rouen, 8 mars 1839, Sir., 39, 2, 387. Amiens, 31 décembre 1839, Sir., 41, 2, 190. Douai, 14 décembre 1840, Sir., 40, 2, 475. Req. rej., 25 novembre 1862, Sir., 63, 1, 149. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 23 avril 1831, Sir., 31, 2, 328 ; Amiens, 10 mai 1837, Sir., 38, 2, 196 ; Limoges, 5 mars 1842, Sir., 42, 2, 481. La Chambre des requêtes s'était également prononcée dans ce sens (9 mars 1836, Sir., 36, 1, 277); mais à partir de l'arrêt du 16 mai 1843, cité à la note précédente, elle a abandonné cette manière de voir et s'est rangée à l'opinion de la Chambre civile.

[11] Art. 2176 et arg. de cet article. Nîmes, 20 novembre 1822, Sir., 36, 1, 281, à la note. Poitiers, 27 novembre 1833, Sir., 34, 2, 166. Voy. en sens contraire : Limoges, 24 août 1821, et 5 mars 1842, Sir., 21, 2, 297, et 42, 2, 481. Suivant ces arrêts, la sommation se périmerait, comme le commandement, au point de vue du moins du droit de saisie, par l'expiration du terme de quatre-vingt-dix jours. Mais en étendant à la sommation signifiée au tiers détenteur une péremption qui n'est prononcée que pour le commandement, la Cour de Li-

Le tiers détenteur est admis à faire valoir, non-seulement l'inefficacité de la sommation qui lui a été adressée, mais encore la nullité ou la péremption du commandement signifié au débiteur personnel [12].

Le tiers détenteur, touché de la sommation de payer ou de délaisser, jouit encore, pendant les trente jours qui suivent cet acte, de la faculté de purger son acquisition [13]. Faute de l'avoir exercée dans ce délai, il demeure définitivement soumis à l'obligation de payer l'intégralité de la dette hypothécaire, en capital, intérêts et frais [14], ou de délaisser l'immeuble hypothéqué. Art. 2183.

Du reste, le refus du tiers détenteur de payer la dette hypothé-

moges n'a pas tenu compte de la nature différente de ces deux actes. On ne comprendrait d'ailleurs pas que la sommation, tout en conservant ses effets quant à l'immobilisation des fruits, tombât en péremption en ce qui concerne le droit de saisir, alors cependant que cette immobilisation n'est évidemment, elle-même, qu'une conséquence de ce droit. — Voy. aussi : Poitiers, 21 juillet 1842, Sir., 44, 1, 285. Cet arrêt a décidé que la sommation au tiers détenteur ne se périme, quant au droit de saisir, ni par le terme de quatre-vingt-dix jours, ni même par celui de trois ans, et conserve, sous ce rapport, son effet pendant trente ans. Cette solution nous paraît également en opposition formelle avec l'art. 2176.

[12] L'efficacité de la sommation au tiers détenteur étant subordonnée à la signification d'un commandement préalable au débiteur personnel, il en résulte nécessairement que le tiers détenteur a qualité pour faire valoir toutes les nullités dont le commandement se trouve entaché, ainsi que sa péremption. Nîmes, 6 juillet 1812, Sir., 13, 2, 259. Civ. rej., 14 mai 1839, Sir., 39, 1, 569. Req. rej., 18 février 1852, Dalloz, 1852, 1, 241. Voy. cep. Persil, sur l'art. 2169, nº 12; Grenier, II, 343; Zachariæ, § 287, texte et note 12; Troplong, III, 795; Taulier, VII, p. 381; Pont, nº 1148. D'après ces auteurs, le tiers détenteur serait bien admis à faire valoir les nullités se rattachant à ce qu'ils appellent la substance du commandement ou le fond du droit, mais n'aurait pas qualité pour opposer les nullités de pure forme. Cette distinction, qui ne se justifiait même pas sous l'empire de l'ancien Code de procédure, est formellement repoussée par l'art. 715 de ce Code, tel qu'il a été complété par la loi du 2 juin 1841. Il résulte, en effet, du rapprochement des al. 1 et 3 de cet article, que toute personne intéressée a le droit de faire valoir les nullités dont le commandement peut se trouver entaché pour inobservation des formalités et délais prescrits par les art. 673 et 674.

[13] Voy. sur la faculté de purger, § 294.

[14] L'art. 2168 ne mentionne pas, il est vrai, les frais; mais il doit être combiné avec l'art. 2167, qui déclare le tiers détenteur obligé à toutes les dettes hypothécaires. Troplong, III, 788. Toulouse, 4 février 1829, Sir., 29, 2, 196. — Il est, du reste, bien entendu que l'obligation de payer les intérêts et les frais ne s'applique qu'à ceux de ces accessoires qui sont dus hypothécairement. Cpr. § 285, texte nº 3, et note 9.

caire ou de délaisser l'immeuble hypothéqué, n'autorise pas les tribunaux à prononcer contre lui des condamnations personnelles au profit du créancier, qui n'a, en pareil cas, d'autre droit que celui de poursuivre la vente forcée de cet immeuble sur le tiers détenteur lui-même [15].

2° *Des exceptions que le tiers détenteur peut opposer à la poursuite.*

Le tiers détenteur, qui est toujours admis à se prévaloir de la non-existence ou de l'extinction du droit hypothécaire, ainsi que de la nullité de l'inscription, ou de l'inexigibilité de la dette, peut encore s'opposer à la poursuite au moyen des exceptions de discussion et de garantie.

a. L'exception de discussion est celle par laquelle le tiers détenteur demande qu'avant de procéder à l'expropriation de l'immeuble qui se trouve entre ses mains, le créancier ait à poursuivre la vente d'autres immeubles. Art. 2170.

Le tiers détenteur n'est admis à proposer l'exception de discussion qu'autant qu'il n'est pas personnellement obligé à la dette, soit comme débiteur principal, soit comme caution [16].

L'héritier détenteur de l'un des immeubles hypothéqués par le défunt, se trouvant personnellement obligé à la dette pour sa part héréditaire, et ne pouvant forcer le créancier à recevoir divisément le paiement de cette part, n'est pas recevable à lui opposer, sous l'offre de ce paiement, l'exception de discussion [17]. Mais cette excep-

[15] Civ. cass., 27 avril 1812, Sir., 12, 1, 300.

[16] La caution, poursuivie en cette qualité sur ses propres biens, peut sans doute faire valoir l'exception de discussion établie par l'art. 2021. Mais lorsqu'elle est poursuivie comme tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué par le débiteur principal, elle est non recevable à proposer l'exception de discussion admise par l'art. 2170, puisqu'elle se trouve personnellement obligée à la dette. Persil, sur l'art. 2170, n° 2. Duranton, XX, 245. Troplong, III, 797. Pont, n° 1160.

[17] Art. 1221, al. 1, 2 et 7. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Priviléges et hypothèques, n° 1922. Voy. en sens contraire : Chabot, *Des successions*, sur l'art. 873, n° 14; Grenier, I, 173; Troplong, III, 798; Duranton, XX, 244; Pont, n° 1181. Ces auteurs, qui enseignent que l'héritier détenteur de l'un des immeubles hypothéqués à la dette peut, en offrant le paiement de sa part personnelle, faire valoir l'exception de discussion, ne tiennent pas compte de la disposition de l'art. 1221, qui, par exception au principe de la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur, donne au créancier hypothécaire le droit de refuser un paiement partiel, et lui permet ainsi de paralyser l'exception de discussion.

tion deviendrait admissible, si le créancier avait volontairement accepté le paiement de la part personnelle de l'héritier.

Les mêmes règles s'appliquent au codébiteur conjoint qui se trouverait détenteur d'un immeuble hypothéqué pour sûreté de la dette commune.

Le tiers détenteur ne peut faire valoir l'exception de discussion que lorsqu'il existe d'autres immeubles hypothéqués à la dette, et que ces immeubles se trouvent en la possession du principal ou des principaux obligés [18]. Les termes *principal ou principaux obligés* ne désignent que le débiteur unique ou les codébiteurs, et ne comprennent, ni la caution qui a fourni une hypothèque pour sûreté de son engagement personnel, ni, à plus forte raison, le tiers qui a constitué une hypothèque sans s'obliger personnellement [19].

L'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié, ni à celui dont l'hypothèque est spéciale, sans qu'il y ait même de différence à faire à cet égard, entre l'hypothèque conventionnelle ordinaire et celle qui a été constituée conformément à l'art. 2130 [20]. Art. 2171.

Le tiers détenteur qui veut faire usage du bénéfice de discussion, doit se conformer aux règles prescrites en pareil cas à la caution. Art. 2170. Ainsi, il est tenu de faire l'avance des frais que nécessitera la discussion, et ne peut indiquer, pour être discutés, ni des biens situés hors du ressort de la Cour impériale du lieu du paiement [21], ni des biens litigieux. Art. 2023. Ainsi encore,

[18] Cpr. Duranton, XX, 246; Troplong, III, 801; Bordeaux, 6 août 1833, Sir., 34, 2, 51.

[19] Persil, sur l'art. 2170, n° 2. Ponsot, *Du cautionnement*, p. 331. Dalloz, *op. et v° citt.*, n° 1917. Voy. en sens contraire: Troplong, III, 800 *bis*; Pont, n° 1163; Zachariæ, § 287, note 18. Voy. pour la réfutation de l'argumentation de ces auteurs: § 321, note 59.

[20] Persil, sur l'art. 2171, n° 4. Duranton, XX, 250. Troplong, III, 808. Pont, n° 1161. Voy. en sens contraire: Tarrible, *Rép.*, v° Tiers détenteur, § 8; Grenier, II, 326. Si nous avons admis au § 282, texte et note 5, qu'un point de vue de la réduction, l'hypothèque constituée dans les termes de l'art. 2130 peut être assimilée à une hypothèque générale, c'est que, d'après l'intention des parties, l'hypothèque sur les biens à venir ne doit, en pareil cas, que former le complément des sûretés nécessaires à la garantie de la créance. Tandis que, dans l'hypothèse dont il s'agit actuellement, ce n'est plus eu égard à l'intention des parties, mais uniquement d'après les dispositions légales relatives au bénéfice de discussion, que la question doit être résolue.

[21] Persil, sur l'art. 2170, n° 7. Delvincourt, III, p. 380. Troplong, III, 801. Pont, n° 1164. Voy. en sens contraire: Duranton, XX, 246.

il doit proposer son exception sur les premières poursuites dirigées contre lui, c'est-à-dire immédiatement après la dénonciation de la saisie[22]. Art. 2022.

b. L'exception de garantie, fondée sur la maxime *Quem de evictione tenet actio, eumdem agendem repellit exceptio*, est ouverte au tiers détenteur toutes les fois que le créancier qui le poursuit, se trouve personnellement soumis envers lui à la garantie de l'éviction qu'il lui ferait subir[23].

Les exceptions de *priorité d'hypothèque*, de *cession d'action*, et celle *pour raison d'impenses*, dont le tiers détenteur jouissait sous notre ancienne jurisprudence, ne lui ayant été, ni explicitement, ni implicitement, accordées par le Code Napoléon, ne doivent plus être admises aujourd'hui[24].

Ainsi, le tiers détenteur qui, de son chef ou par subrogation, se trouve pourvu d'hypothèques antérieures à celle du créancier poursuivant, fût-ce pour une somme égale ou supérieure à la valeur de l'immeuble qu'il détient, ne peut puiser dans cette circonstance un motif légitime de s'opposer aux poursuites dirigées contre lui[25]. Il n'est pas même admis à demander que le poursuivant lui fournisse caution de faire porter l'immeuble à un prix assez élevé pour qu'il ne soit pas constitué en perte par le fait de la poursuite[26]. A plus forte raison ne pourrait-il pas se prévaloir de ce que

[22] La sommation de payer ou de délaisser n'est point elle-même un acte de poursuite, mais un simple préliminaire de la poursuite, qui ne se réalise que par la saisie; et comme celle-ci n'est censée connue du saisi que par la dénonciation qui doit lui en être faite, c'est à partir seulement de cette dénonciation que le tiers détenteur se trouve légalement constitué en demeure de faire valoir son exception de discussion. Cpr. en sens divers : Troplong, III, 801; Persil, sur l'art. 2170, n° 9; Joccotton, *Revue de législation*, 1852, II, p. 262; Pont, n° 1165; Bourges, 31 décembre 1830, Sir., 31, 2, 265; Toulouse, 30 avril 1836, Sir., 37, 2, 23; Bordeaux, 6 décembre 1839, Sir., 40, 2, 208; Bourges, 6 décembre 1839, Sir, 40, 2, 311.

[23] Cpr. § 355. Persil, sur l'art. 2170, n° 8. Battur, III, 518. Grenier, II, 334. Troplong, III, 806. Pont, n° 1167.

[24] Sous l'empire d'une législation qui admettait l'hypothèque occulte, on avait dû traiter le tiers détenteur avec ménagement en admettant en sa faveur certaines exceptions, plutôt fondées sur des considérations d'équité que sur les principes du Droit. Mais les mêmes motifs de faveur n'existent pas dans notre régime hypothécaire actuel, dont la publicité forme l'une des bases.

[25] L'art. 2169 donne, en effet, à *chaque* créancier hypothécaire, abstraction faite du rang qu'il occupe, le droit de faire vendre l'immeuble hypothéqué. Grenier, II, 335. Troplong, III, 804. Pont, n° 1143.

[26] La loi n'impose pas au créancier poursuivant, se trouvât-il le dernier en

la totalité du prix de l'immeuble se trouverait, en cas d'expropriation, absorbée par des créanciers ayant des hypothèques d'une date antérieure à celle du poursuivant[27].

D'un autre côté, le tiers détenteur n'est pas recevable à repousser les poursuites dont il est l'objet, par le motif que le créancier, en renonçant aux sûretés attachées à la créance, ou en négligeant de les conserver, l'aurait privé de l'effet utile de la subrogation légale établie en sa faveur[28]. Il en serait cependant autrement dans

rang, l'obligation de garantir les créanciers antérieurs contre les suites d'une saisie immobilière qu'il était autorisé à pratiquer. D'ailleurs, le rang des créanciers ne devant être débattu et définitivement arrêté que par l'ordre, on ne peut, avant la clôture de cette opération, admettre la priorité de telle ou telle hypothèque. Martou, III, 1172. Pont, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Grenier, *loc. cit.*; Troplong, III, 805.

[27] Civ. cass., 10 février 1818, Sir., 18, 1, 173.

[28] L'opinion contraire, soutenue par un assez grand nombre d'auteurs, se fonde sur l'art. 2037, dont elle étend la disposition, par voie d'analogie, de la caution au tiers détenteur. Mais cette prétendue analogie n'existe pas en réalité : si la caution et le tiers détenteur ont cela de commun, qu'ils ne sont tenus que pour le débiteur principal et personnel, leur position est à tous autres égards essentiellement différente. En effet, la caution qui s'est obligée au paiement d'une dette hypothécaire, est fondée à dire qu'elle l'a fait en considération de l'hypothèque, et dans l'espérance de pouvoir l'exercer elle-même au moyen de la subrogation, pour se faire rembourser de ce qu'elle aurait à payer à la décharge du débiteur principal. L'on comprend ainsi que le législateur ait subordonné l'action du créancier à la conservation de l'hypothèque en vue de laquelle la caution s'est engagée; mais les mêmes considérations ne militaient pas en faveur du tiers détenteur. D'un autre côté, la caution n'a aucun moyen d'empêcher le débiteur d'aliéner les immeubles hypothéqués, et de se garantir contre le préjudice qui pourrait résulter pour elle de l'insolvabilité du débiteur; tandis que le tiers détenteur peut, en usant de la faculté de purger, se mettre à l'abri de toute perte, et que, s'il paye son prix sans avoir purgé, il commet une imprudence dont il doit supporter les suites. Dupret, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 401 et 505. Mourlon, *Des subrogations*, p. 528. Gauthier, *De la subrogation*, nº 513 et suiv. Martou, III, 1275. Pont, nº 1168. Req. rej., 22 décembre 1846, Sir., 47, 1, 86. Civ. cass., 17 mars 1852, Sir., 52, 1, 427. Aix, 24 mai 1853, Sir., 53, 2, 467. Civ. cass., 18 décembre 1854, Sir., 55, 1, 247. Bourges, 11 juin 1855, Sir., 55, 2, 636. Chambéry, 31 août 1861, Sir., 62, 2, 219. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 265; Toullier, VII, 172; Grenier, II, 332; Battur, III, 509; Ponsot, *Du cautionnement*, nº 336; Zachariæ, § 287, texte et note 23; Civ. cass., 23 janvier 1815, Sir., 15, 1, 258; Bastia, 2 février 1846, et 22 décembre 1847, Sir., 48, 2, 10 et 11. — M. Troplong, qui, dans son *Commentaire des hypothèques* (III, 807), avait admis l'exception *cedendarum actionum* en faveur de tout tiers détenteur indistinctement, a depuis, dans son *Commentaire du cautionnement* (nº 562),

le cas où la renonciation du créancier aurait été le résultat, soit d'un concert frauduleux arrêté avec le débiteur ou d'autres créanciers, soit d'une volonté positive de nuire au tiers détenteur [29].

Enfin, le tiers détenteur ne peut, pour arrêter les poursuites dirigées contre lui, demander à retenir l'immeuble hypothéqué jusqu'au remboursement des impenses nécessaires ou utiles qu'il y a faites [30]. Il ne jouit même pas, pour le recouvrement de ces impenses, d'un véritable privilége [31]. On ne doit lui reconnaître, à cet effet, qu'une action *de in rem verso*, jusqu'à concurrence seulement de la mieux value de l'immeuble, même en ce qui concerne les impenses nécessaires [32], action qu'il est admis à exercer dans l'ordre, en demandant la distraction, à son profit, de la partie du prix correspondant à cette mieux-value, et pour la conservation de laquelle il peut même réclamer l'insertion d'une clause spéciale au cahier des charges [33].

Du reste, le tiers détenteur ne saurait, pour résister aux poursuites auxquelles il se trouve soumis, se prévaloir des clauses de son contrat, relatives au mode de paiement ou à l'époque de l'exigibilité du prix [34]. Mais il est autorisé, en formant opposition à la sommation de payer ou de délaisser, à mettre en cause les dé-

modifié son opinion. Partant de l'idée que l'exception *cedendarum actionum*, telle qu'elle est établie par l'art. 2037, est un corollaire du bénéfice de discussion, il ne l'accorde plus qu'au tiers détenteur qui se trouve dans les conditions requises pour invoquer ce bénéfice. Mais le point de vue auquel s'est placé le savant magistrat, n'est point exact, ainsi que nous croyons l'avoir établi au § 429, note 11.

[29] Arg. art. 1382. Cpr. § 298. Req. rej., 22 avril 1856, Sir., 58, 1, 392.

[30] Le droit de rétention que l'on accorderait au tiers détenteur, serait incompatible avec le droit de poursuite du créancier, auquel on ne peut, en l'absence de toute disposition formelle de la loi, imposer l'obligation de rembourser au tiers détenteur, préalablement à l'expropriation, le montant de la mieux-value résultant de ses impenses. Grenier, II, 335. Troplong, III, 836. Duranton, XX, 272. Martou, III, 1322. Pont, nº 1208. Bastia, 2 février 1846, Sir., 48, 2, 10. Voy. en sens contraire : Tarrible, *Rép.*, vº Privilége, sect. IV, nº 5 ; Battur, III, 491 à 507 ; Glasson, *Du droit de rétention*, p. 140 et 141. Cpr. aussi Douai, 10 mars 1841, Sir., 40, 2, 289.

[31] Voy. en ce sens les autorités citées à la note 33 *infra*. Cpr. cependant : Delvincourt, III, p. 382 ; Grenier, II, 335 ; Troplong, III, 836.

[32] Art. 2175 et arg. de cet article. Cpr. texte nº 4, et note 54 *infra*.

[33] Duranton, XX, 272. Taulier, VII, p. 387. Martou, III, 1322. Pont, nº 1208. Turin, 1er juin 1810, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 282. Bastia, 2 février 1846, Sir., 48, 2, 10. Bourges, 3 février 1851, Sir., 52, 2, 425.

[34] Req. rej., 9 juin 1859, Sir., 60, 1, 277.

tenteurs des autres immeubles hypothécairement affectés à la dette, dans le but de les faire condamner, par voie de recours en indemnité, à contribuer au paiement de cette dette proportionnellement à la valeur des immeubles que chacun d'eux détient [35].

3° *Du délaissement.*

Le délaissement est un moyen donné au tiers détenteur pour éviter que la poursuite en expropriation ne soit dirigée ou continuée contre lui-même.

La loi n'ayant pas fixé de terme après lequel le délaissement ne pourrait plus avoir lieu, le tiers détenteur est encore admis à l'effectuer même après la saisie de l'immeuble hypothéqué [36].

La circonstance que ce dernier aurait reconnu la dette hypothécaire, ou qu'il aurait été condamné à la payer en sa seule qualité de tiers détenteur, n'apporterait aucun obstacle au délaissement. Art. 2173.

La faculté de délaisser est soumise à la double condition que le tiers détenteur ne soit pas personnellement obligé à la dette, et qu'il soit capable d'aliéner l'immeuble devant former l'objet du délaissement. Art. 2172.

Il suit de la première de ces conditions, que le tiers détenteur n'est point admis à délaisser, lorsqu'il se trouve personnellement engagé comme codébiteur, comme caution, ou comme héritier, même partiaire, du débiteur originaire [37].

Il en résulte encore qu'il ne jouit pas de la faculté de délaisser au regard des créanciers envers lesquels il a pris, par son contrat d'acquisition ou par un acte postérieur, l'engagement de les satisfaire.

La question de savoir si le tiers détenteur est également privé de cette faculté, lorsqu'il a contracté envers le vendeur seul l'obligation de payer son prix entre les mains des créanciers délégués par ce dernier, doit se résoudre d'après la nature des poursuites

[35] Douai, 27 mai 1840, Sir., 40, 2, 468. Angers, 10 mars 1841, Sir., 41, 2, 187.

[36] Arg. art. 2173. Martou, III, 1304. Pont, n° 1186. Paris, 10 janvier 1851, et 17 février 1853, Sir., 55, 2, 630 et 631. Angers, 14 juillet 1855, Sir., 55, 2, 629. Lyon, 4 décembre 1860, Sir., 61, 2, 515. Voy. en sens contraire : Persil, *Rég. hyp.*, sur l'art. 2173, n° 2, et *Quest.*, I, 450 ; Delvincourt, III, p. 379 ; Duranton, XX, 262.

[37] Cpr. texte n° 2, et notes 16 et 17 *supra*.

que ces créanciers exerceront contre lui. Si, acceptant expressément ou implicitement la délégation faite à leur profit, ils poursuivent le tiers détenteur en paiement de son prix, celui-ci ne pourra pas recourir au délaissement pour se soustraire à l'action personnelle dirigée contre lui [38]. Si, au contraire, les créanciers, faisant abstraction de la délégation consentie en leur faveur, poursuivent le tiers détenteur en cette qualité, et le somment de payer ou de délaisser, rien ne s'oppose, en ce qui les concerne, à ce qu'il effectue le délaissement [39].

Du reste, le délaissement ne peut jamais devenir pour l'acquéreur un moyen de rompre unilatéralement le contrat de vente, et de se dégager ainsi de l'obligation de payer son prix, lorsqu'il n'a pas de motifs légitimes pour recourir à cet expédient, c'est-à-dire lorsque le montant des charges hypothécaires est inférieur au prix d'acquisition, et que le paiement ne lui en est demandé que sous les conditions et dans les termes stipulés par son contrat [40]. Il suit de là que dans ces circonstances, et même en l'absence de toute clause par laquelle l'acquéreur se serait engagé à payer son prix aux créanciers hypothécaires, ceux-ci peuvent, en exerçant les droits et actions de leur débiteur, le contraindre au paiement de ce prix, sans qu'il soit admis à s'y soustraire en offrant de délaisser [41]. Il en découle, d'un autre côté, que dans les mêmes circonstances, et bien que les créanciers aient agi par voie hypothécaire en sommant le tiers détenteur de payer ou de délaisser, le vendeur lui-même est autorisé à s'opposer au délaissement, qui ne serait ni nécessaire ni légitime, puisque l'exécution pure et simple du contrat de vente, en donnant pleine satisfaction aux créanciers hypothécaires, procurerait du même coup à l'acquéreur l'entière libération de l'immeuble. Le vendeur pourrait même, en pareil cas,

[38] Arg. art. 1121. Troplong, III, 813. Pont, nº 1180. Req. rej., 21 mai 1807, Sir., 7, 1, 278. Bruxelles, 12 mai 1810, Sir., 13, 2, 365. Paris, 12 mars 1812, Sir., 15, 2, 124. Rouen, 12 juillet 1823, Sir., 25, 2, 324, Cpr. cep. Bruxelles, 9 floréal an XIII, Sir., 7, 2, 762.

[39] Troplong et Pont, *locc. citt.* Orléans, 28 mai 1851, Sir., 51, 2, 521.

[40] Le principe posé au texte se trouve parfaitement établi dans un remarquable rapport de M. Mesnard, à la suite duquel a été rendu l'arrêt de rejet du 1er juillet 1850, cité à la note 42 *infra*.

[41] Grenier, II, 545. Duranton, XX, 252. Troplong, III, 823. Martou, III, 1297. Rouen, 12 juillet 1823, Sir., 25, 2, 324. Paris, 2 mars 1833, Sir., 33, 2, 416. Civ. rej., 9 mai 1836, Sir., 36, 1, 623. Cpr. Orléans, 16 avril 1847, Sir., 51, 2, 526.

former tierce-opposition au jugement qui aurait admis le délaissement, peu importe que les créanciers donnent ou non les mains à la rétraction de ce jugement [42].

Le délaissement ne pouvant être fait que par une personne capable d'aliéner, on doit en conclure que le tuteur ne peut y procéder, au nom de son pupille, qu'en vertu d'une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal compétent [43].

Le délaissement s'opère au moyen d'une déclaration faite au greffe du tribunal de première instance dans le ressort duquel l'immeuble est situé. Il doit être signifié au créancier poursuivant et au vendeur, avec sommation de se présenter à l'audience pour en voir donner acte [44].

Le délaissement ainsi reçu, le tribunal, sur la demande de la partie la plus diligente, établit à l'immeuble délaissé un curateur, contre lequel se poursuit l'expropriation. Art. 2174.

Le délaissement par hypothèque n'est qu'une abdication de la possession, et le droit de propriété ne cesse dans la personne du tiers détenteur que par le jugement d'adjudication [45].

Il en résulte, d'une part, que la perte de l'immeuble, arrivée par cas fortuit avant l'adjudication, est pour le compte du tiers détenteur, qui reste soumis à l'obligation de payer son prix.

Il en résulte, d'autre part, que, jusqu'à l'adjudication, le tiers détenteur est le maître de reprendre l'immeuble, à la charge cependant d'acquitter intégralement toutes les dettes hypothécaires, ainsi que les frais de la poursuite. Art. 2173. Cette condition est imposée même au mineur ou à l'interdit, qui veut reprendre un immeuble dont le délaissement a été régulièrement opéré [46].

[42] Voy. sur ces deux propositions : Martou, III, 1299 ; Orléans, 16 avril 1847, Sir., 51, 2, 526 ; Orléans, 25 juillet 1849, Sir., 51, 2, 524 ; Req. rej., 1er juillet 1850, Dalloz, 1850, 1, 177 ; Riom, 8 décembre 1852, Sir., 53, 2, 634.

[43] Art. 457 et 458. Persil, sur l'art. 2172. Battur, III, 482. Martou, III, 1288. Cpr. Req. rej., 2 avril 1855, Sir., 55, 1, 372. Suivant une autre opinion, l'autorisation du conseil de famille suffirait à elle seule, et n'aurait pas besoin d'être homologuée par justice. Voy. de Fréminville, *De la minorité*, I, 441 *bis* ; Troplong, III 820 ; Pont, n° 1172. L'argument que dans le sens de cette opinion on tire de l'art. 464, serait concluant sans doute, s'il n'était écarté par la disposition spéciale et formelle de l'art. 2172, qui ne permet le délaissement qu'aux personnes ayant capacité d'aliéner. D'après un troisième système, proposé par Grenier (II, 327), le délaissement serait complétement interdit au tuteur.

[44] Pont, n° 1189. Riom, 8 décembre 1852, Sir., 53, 2, 634.

[45] Delvincourt, III, p. 378. Grenier, II, 330. Troplong, III, 825. Pont, n° 1193.

[46] Req. rej., 2 avril 1855, Sir., 55, 1, 372.

Enfin, le délaissement ayant pour unique objet d'empêcher que l'expropriation de l'immeuble hypothéqué soit poursuivie contre le tiers détenteur lui-même, on doit en conclure que le vendeur peut le contraindre à reprendre cet immeuble et à exécuter le contrat de vente, lorsque, avant l'adjudication, il est parvenu à le dégrever complétement des charges hypothécaires auxquelles il se trouvait soumis, ou même simplement à réduire ces charges à une somme inférieure au prix actuellement exigible [47].

4° Des droits de disposition et de jouissance du tiers détenteur, dans ses rapports avec les créanciers hypothécaires.

L'hypothèque établissant, entre le tiers détenteur et les créanciers hypothécaires, des rapports analogues à ceux qui existent entre eux et le débiteur qui l'a constituée, les règles exposées au § 286 s'appliquent en général, et sous les modifications qui seront ci-après indiquées, au tiers détenteur [48].

Ainsi, les créanciers hypothécaires sont, même avant l'exigibilité de leurs créances, autorisés à exercer contre le tiers détenteur toutes les actions qui leur compéteraient contre le débiteur lui-même, pour empêcher l'éxécution des actes de nature à diminuer la valeur de l'immeuble hypothéqué.

Ainsi encore, le tiers détenteur ne peut plus, après la transcription de la saisie, aliéner l'immeuble qui en a été frappé. Code de procédure, art. 686 et 687.

Les baux passés par le tiers détenteur peuvent être annulés, lorsqu'ils n'ont pas acquis date certaine avant la sommation de payer ou de délaisser. Mais ceux dont la date serait devenue certaine

[47] Troplong, III, 826. Duranton, XX, 263. Martou, III, 1311. Pont, n° 1196. Paris, 24 mars 1847, Sir., 47, 2, 199. Riom, 8 décembre 1852, Sir., 53, 2, 634. Voy. cep. Riom, 17 avril 1820, Sir., 23, 2, 87.

[48] Les rapports que l'hypothèque fait naître entre le tiers détenteur et les créanciers hypothécaires ne se formaient autrefois que par le jugement rendu sur la demande en déclaration d'hypothèque. Aujourd'hui ils s'établissent par l'effet des inscriptions, ou, s'il s'agit d'une hypothèque dispensée d'inscription, par l'effet même de l'hypothèque. Voy. note 2 *supra*. Cette différence est importante à noter, à raison des conséquences qui se rattachent aux rapports dont il s'agit. C'est ainsi que, d'après l'art. 2175, le tiers détenteur est responsable des dégradations par lui commises, à quelque époque qu'elles aient lieu, tandis qu'il ne devait autrefois aucun compte de celles qui étaient antérieures à la demande en déclaration d'hypothèque. Troplong, III, 831 et 832. Pont, n° 1200.

dans le temps écoulé entre le commandement fait au débiteur et cette sommation, devraient être maintenus [49].

Les fruits de l'immeuble hypothéqué sont immobilisés, non pas seulement à partir de la transcription de la saisie, mais à dater de la sommation de payer ou de délaisser, à supposer, bien entendu, que cette sommation ait été précédée d'un commandement valablement fait au débiteur personnel de la dette hypothécaire [50]. Le tiers détenteur doit compte aux créanciers hypothécaires de tous les fruits naturels qu'il a recueillis postérieurement à cette sommation, et des fruits civils dans la proportion du nombre de jours qui se sont écoulés depuis cet acte, sans pouvoir se dégager, pour ce qui concerne ces derniers, de l'obligation personnelle qui pèse sur lui, en offrant de subroger les créanciers hypothécaires dans ses droits contre le fermier ou le locataire [51]. Mais les créanciers hypothécaires n'ont, comme tels, aucun droit exclusif aux fruits perçus ou échus avant la sommation de payer ou de délaisser [52]. Si une première sommation faite au tiers détenteur était tombée en péremption, à raison de l'abandon des poursuites pendant trois années, il ne devrait compte des fruits qu'à partir de la nouvelle sommation qui lui serait adressée. Art. 2176.

Les restrictions que l'immobilisation des fruits apporte au droit de jouissance du débiteur personnel de la dette hypothécaire, s'appliquent toutes au tiers détenteur, à partir de la sommation de payer ou de délaisser.

L'art. 2175 règle d'une manière spéciale la position du tiers détenteur, en ce qui concerne les détériorations ou améliorations que l'immeuble hypothéqué peut avoir subies ou reçues.

Aux termes de cet article, les détériorations procédant du fait ou de la négligence du tiers détenteur, donnent ouverture contre lui à une action en indemnité. Cette action peut être exercée en dehors de toute poursuite en paiement de la dette hypothécaire ou en délaissement de l'immeuble hypothéqué. Elle compète même

[49] Le commandement fait au débiteur personnel ne saurait, en effet, entraîner contre le tiers détenteur l'application de l'art. 684 du Code de procédure, qui suppose un acte adressé au propriétaire même de l'immeuble, dans le but de l'avertir de l'imminence de la saisie.

[50] Req. rej., 7 novembre 1838, Sir., 39, 1, 428. Cpr. texte n° 1, notes 5 et 12 *supra*.

[51] Pont, n° 1210. Agen, 29 juin 1849, *Journ. du Pal.*, 1850, 2, 25.

[52] Caen, 23 avril 1826, Sir., 27, 2, 21. Cpr. cep. Civ. cass., 5 novembre 1813, Sir., 14, 1, 6; Riom, 27 avril 1825, Sir., 26, 2, 141.

aux créanciers dont les créances seraient conditionnelles, en ce sens que, dès l'instant où il a été commis des dégradations de nature à compromettre leurs intérêts, ils sont autorisés à en provoquer l'estimation et à exiger du tiers détenteur la consignation du montant de cette estimation, pour être, en cas d'insuffisance du prix de vente de l'immeuble, ultérieurement distribué par ordre d'hypothèque [53].

Le tiers détenteur peut répéter ses impenses, mais jusqu'à concurrence seulement de la mieux-value de l'immeuble au moment de l'adjudication sur expropriation, qu'elle ait été poursuivie contre lui ou contre le curateur au délaissement, et sans qu'il y ait à cet égard de différence à faire entre les impenses nécessaires et les impenses utiles [54].

[53] Ce point se trouve parfaitement établi dans une dissertation de M. Merville (*Revue pratique*, 1859, VIII, p. 162). Voy. encore en ce sens : Orléans, 24 mars 1859, Sir., 59, 2, 673.

[54] Grenier, II, 411. Battur, III, 490. Troplong, III, 838 *bis*. Martou, III, 1320. Pont, n° 1206. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 382 ; Duranton, XX, 271 ; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Priviléges et hypothèques, n° 1958 ; Req. rej., 11 novembre 1824, Sir., 25, 1, 140. Le texte de l'art. 2175 est trop formel pour qu'on puisse admettre la distinction proposée dans le dernier système entre les impenses nécessaires et les impenses utiles ; et il y a d'autant plus de raison de la rejeter, que le tiers détenteur ne peut avoir contre les créanciers hypothécaires d'autre principe d'action que la *versio in rem*. En vain objecterait-on que le tiers détenteur doit, en pareille circonstance, être considéré comme le gérant d'affaires des créanciers hypothécaires, et qu'il jouit ainsi contre eux de l'action *negotiorum gestorum contraria*. Pour écarter cette objection, que nous avons déjà indiquée à la note 21 du § 263, et qui nous avait un instant séduits, il suffira de faire remarquer que le tiers détenteur, en faisant sur l'immeuble hypothéqué des impenses nécessaires, gère, non l'affaire des créanciers, mais sa propre chose, dont la propriété, nonobstant l'éviction qu'il en a ultérieurement subie, n'a pas moins continué de résider sur sa tête jusqu'au jugement d'adjudication sur expropriation forcée ou sur surenchère du dixième, et que, par conséquent, il ne saurait être assimilé à un *negotiorum gestor*. L'opinion que nous combattons, conduirait d'ailleurs à des conséquences qui ne paraissent pas admissibles. Il en résulterait, en effet, que le tiers détenteur qui aurait fait des impenses nécessaires, serait autorisé à en répéter le remboursement intégral, dans le cas même où, par suite d'événements ultérieurs, les travaux par lui exécutés auraient péri ou perdu tout effet utile, de telle sorte que la valeur de ce qui resterait de l'immeuble pourrait, au détriment des créanciers hypothécaires, se trouver entièrement absorbée.

5° *Des suites de l'expropriation poursuivie contre le tiers détenteur ou contre le curateur à l'immeuble délaissé* [55].

Les servitudes personnelles ou réelles que le tiers détenteur avait sur l'immeuble hypothéqué avant l'acquisition qu'il en a faite, et qui s'étaient éteintes par consolidation ou confusion, renaissent après l'expropriation; et réciproquement, cette dernière fait revivre les servitudes actives dues à l'immeuble exproprié par un immeuble appartenant au tiers détenteur [56]. Art. 2177, al. 1er, et arg. de cet article.

Quant aux hypothèques que le tiers détenteur avait acquises sur l'immeuble hypothéqué avant d'en être devenu propriétaire, il peut les faire valoir dans l'ordre, pourvu qu'il les ait dûment conservées [57].

Les servitudes que le tiers détenteur aurait lui-même constituées, ne sont pas éteintes ou résolues de plein droit par l'effet de l'expropriation. Mais elles ne pourraient être opposées aux créanciers hypothécaires du précédent propriétaire, qui seraient autorisés, sous les modifications indiquées au § 250, à demander que l'immeuble fût vendu comme franc de ces servitudes [58].

Les hypothèques constituées par le tiers détenteur, ou procédant de son chef, continuent de subsister malgré l'expropriation; et les créanciers auxquels elles appartiennent, sont admis à les faire valoir à leur rang, dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix de l'immeuble. Art. 2177, al. 2.

Après paiement des créanciers inscrits sur l'immeuble exproprié, l'excédant du prix d'adjudication appartient au tiers détenteur, à l'exclusion du précédent propriétaire et de ses créanciers chirographaires [59].

Le tiers détenteur évincé par suite de l'expropriation de l'im-

[55] Les suites de l'expropriation sont les mêmes, que l'immeuble ait été vendu sur le tiers détenteur ou sur le curateur au délaissement Art. 2177 et 2178.

[56] Tarrible, *Rép.*, v° Tiers détenteur, n° 14. Troplong, III, 843 *bis*. Martou, III, 1328. Pont, n° 1215.

[57] Voy. § 280, texte n° 2, et note 14.

[58] Voy. § 250, texte n° 2, notes 7 et 8.

[59] Troplong, III, 825. Pont, n° 1193. Colmar, 7 mai 1821, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 413. Colmar, 22 novembre 1831, Sir. 32, 2, 271. Cpr. Req. rej., 15 décembre 1862, Sir., 63, 1, 57.

meuble, a son recours en garantie, tel que de droit, contre son auteur[60]. Art. 2178.

Il peut également, après l'expropriation, et à supposer qu'il n'ait pas déjà, dans le cours de la poursuite, mis en cause les détenteurs des autres immeubles hypothéqués à la dette, demander qu'ils soient tenus de l'indemniser, chacun dans la proportion de la valeur de l'immeuble qu'il détient[61].

6° *De la position de celui qui a fourni une hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui, sans s'obliger personnellement.*

Les règles exposées aux cinq numéros précédents s'appliquent en général au tiers qui a fourni une hypothèque pour la dette d'autrui, sans s'y obliger personnellement[62].

Toutefois il ne jouit pas de la faculté de purger[63].

D'un autre côté, l'action en indemnité qui lui compète, en cas d'expropriation, contre le débiteur personnel de la dette, étant d'une nature analogue à celle qui appartient à la caution contre le débiteur principal, diffère essentiellement du recours en garantie dont il est question dans l'art. 2178.

Enfin, à la différence du tiers détenteur, qui ne peut exercer son recours en indemnité contre les détenteurs des autres immeubles affectés à la dette que déduction faite de la part pour laquelle son propre immeuble doit y contribuer, le tiers qui a fourni une hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui, jouit, à l'instar de la caution, d'un recours intégral pour la pleine valeur de son immeuble[64].

§ 288.

5. *De la transmission des priviléges et des hypothèques en général.*

Les priviléges et les hypothèques passent, comme tout droit en général, aux héritiers ou successeurs universels du créancier. Ils

[60] Cpr. art. 1626 et suiv., et § 355; § 705, texte et note 8; art. 874 cbn. 1020, et § 723, texte, notes 18 et 19.

[61] Arg. art. 2114 cbn. 1214 et 1221 Cpr. texte n° 2, et note 35 *supra*.

[62] En effet, la position de ce tiers présente, sauf les différences résultant de ce qu'il est au fond une caution réelle, une parfaite analogie avec celle du tiers détenteur, en tant que l'un et l'autre ne sont qu'hypothécairement et non personnellement obligés.

[63] Voy. sur cette proposition : § 293 *bis*, texte n° 2, et note 21.

[64] Cpr. § 321, texte n° 4, lett. *d*, et note 60.

se transmettent de même, et cela de plein droit comme accessoires de la créance, aux successeurs particuliers de ce dernier, et notamment à ses cessionnaires, donataires, ou légataires. Art. 1692 et 2112.

D'un autre côté, en cas de paiement avec subrogation légale ou conventionnelle, les priviléges et hypothèques attachés à la créance soldée passent, ainsi que tous les droits et actions du créancier, au tiers qui fait le paiement ou qui a fourni au débiteur les deniers nécessaires pour l'effectuer [1].

La relation qui unit les priviléges et les hypothèques aux créances pour sûreté desquelles ils sont établis, est tellement intime, qu'il est juridiquement impossible de les en détacher pour les adjoindre à une autre créance, ou, en d'autres termes, d'en faire l'objet d'une véritable cession séparée et indépendante de la transmission de ces créances mêmes [2].

Toutefois rien n'empêche qu'un créancier privilégié ou hypothé-

[1] Voy. art. 1249 à 1252, § 321.

[2] La cession d'un privilége ou d'une hypothèque ne peut être d'aucune utilité au cessionnaire, si elle ne lui confère virtuellement le droit de faire valoir la créance du cédant. Cela est de toute évidence, quand le cessionnaire n'est pas de son propre chef créancier du débiteur cédé ; et cela n'est pas moins certain dans le cas où il a une créance personnelle sur ce dernier, parce que, dans cette hypothèse même, il ne pourra jamais exercer le privilége ou l'hypothèque qu'à raison de la créance pour sûreté de laquelle ils ont été établis. C'est cette idée qu'exprime, sous une formule théorique, la proposition émise au texte, proposition qui nous a toujours paru incontestable en droit. Voy. en ce sens : Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2236 ; Mourlon, *Des subrogations*, n° 585 ; Gauthier, *Des subrogations*, nos 562 et suiv. ; Benech, *Du nantissement appliqué aux droits et reprises de la femme*, nos 18 et suiv. ; Bertauld, *De la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées*, 2e édit., nos 11 et suiv. Req. rej., 25 janvier 1853, Sir., 53, 1, 423. Voy. en sens contraire : Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, 1135 ; Valette, n° 129, p. 209 et suiv. ; Troplong, *De la transcription*, nos 323 et suiv. ; Pont, nos 334 et 459. Ces derniers auteurs soutiennent que l'hypothèque peut être cédée indépendamment de la créance qu'elle garantit pour s'attacher à une créance quelconque du cessionnaire. Leur opinion conduirait logiquement à décider que l'hypothèque cédée séparément de la créance en vue de laquelle elle a été établie, est désormais indépendante du sort de cette créance, et doit survivre à son extinction. Or, cette conclusion ne paraît pas admissible (voy. note 7 *infra*), et M. Pont, en particulier, la rejette au n° 479, où il dit que « l'hypothèque légale cédée par la femme « ne cesse pas, même aux mains du subrogé, de rester l'accessoire de la créance « de la femme, et que le sort s'en règle sur l'état de cette créance. » Nous l'avouerons, il nous semble difficile de concilier cette opinion avec la doctrine professée par M. Pont aux nos 334 et 459.

caire antérieur ne cède la priorité de son rang à un créancier postérieur[3].

Rien aussi ne s'oppose à ce qu'un créancier privilégié ou hypothécaire confère à un autre créancier, même simplement chirographaire, le droit d'exercer ses priviléges et hypothèques jusqu'à concurrence de sa propre créance, et comme si ce dernier lui était réellement substitué[4]. On désigne sous le nom générique de *subro-*

[3] La cession de priorité de rang n'est qu'une convention par laquelle deux créanciers hypothécaires dérogent, l'un au profit de l'autre, à la règle établie par l'art. 2134. Elle diffère essentiellement de la convention connue sous le nom de *subrogation à l'hypothèque*, en ce qu'elle ne peut intervenir qu'entre créanciers ayant hypothèque sur les mêmes biens, tandis que la subrogation peut être consentie au profit d'un créancier dont l'hypothèque ne porte pas sur les biens affectés au subrogeant, et même en faveur d'un créancier simplement chirographaire. Toutefois la cession de priorité consentie par une femme au profit d'un créancier du mari, devant produire des effets analogues à ceux de la subrogation tacite résultant du concours de la femme à un acte de vente ou de constitution d'hypothèque passé par ce dernier, elle se trouve, d'après l'esprit de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, soumise pour sa validité et son efficacité aux conditions prescrites par cet article. A ce point de vue spécial, on peut admettre, ainsi que l'enseigne M. Bertauld (*op. cit.*, nos 21 et suiv.), qu'il n'y a pas de différence entre la cession de priorité et la subrogation à l'hypothèque. Mais cette doctrine ne saurait être acceptée dans sa généralité. Voy. note 7 *infra*.

[4] Que les conventions de cette nature soient valables entre les parties, cela n'a jamais été contestable ; mais on pourrait douter qu'elles fussent efficaces à l'égard des tiers, indépendamment de l'observation des formalités prescrites pour le nantissement des créances. Aussi, partant de l'idée que des droits de préférence ne sauraient être créés que dans les formes prescrites par la loi, avions-nous soutenu, dans nos premières éditions, que les créanciers successivement subrogés à l'hypothèque légale d'une femme mariée ne jouissaient, les uns à l'égard des autres, d'aucun droit de préférence, à moins qu'ils n'eussent en même temps hypothèque sur le mari. Mais la jurisprudence a depuis longtemps consacré une doctrine contraire, en appliquant aux conventions dont il s'agit le principe d'après lequel les droits réels se transfèrent en général, même au regard des tiers, par le seul effet des conventions, de telle sorte qu'entre plusieurs acquéreurs, la préférence appartient à celui dont le titre est antérieur en date. Cette jurisprudence, née du besoin pratique de donner aux créanciers du mari un moyen de se prémunir contre les effets de l'hypothèque légale de la femme, trouve son explication, sinon sa justification théorique, dans l'impossibilité de remplir, en ce qui concerne les droits et créances de cette dernière, les formes nécessaires pour assurer l'efficacité du nantissement. Quoi qu'il en soit, la doctrine admise par la jurisprudence a été implicitement confirmée, en ce qui concerne les subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées, d'abord par les art. 8 et 20 du décret du 28 février 1852, portant organisation des sociétés de crédit foncier, et plus tard par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. Aujourd'hui donc, l'efficacité de ces subrogations à l'égard des tiers,

gation, les conventions de cette dernière espèce, qui, sous des formes diverses et avec des effets plus ou moins étendus, sont d'un usage très-fréquent, surtout quant à l'hypothèque légale des femmes mariées [5].

La cession de priorité n'entraîne évidemment aucun déplacement ou échange des priviléges ou hypothèques respectivement attachés aux créances des parties ; elle n'opère entre elles qu'une simple interversion de rang, et suppose ainsi que les deux hypothèques dont le rang a été échangé, sont encore subsistantes et efficaces au moment où se produisent les demandes en collocation. Il en résulte d'une part que le créancier en faveur duquel a eu lieu la cession de priorité, ne peut en profiter pour se faire colloquer au rang du créancier qui l'a consentie, qu'autant que la créance de ce dernier existe encore, et que son privilége ou son hypothèque a été conservé [6]. Il en résulte d'autre part que le créancier qui a obtenu la cession de priorité ne pourrait plus en invoquer le bénéfice, s'il n'avait pas conservé sa propre hypothèque [7]. Il est du reste bien entendu que la différence en plus ou en moins qui peut exister entre les deux créances, ne saurait nuire ni profiter aux créanciers intermédiaires.

La subrogation dans une hypothèque peut, en ce qui concerne et quant aux subrogés les uns à l'égard des autres, ne saurait plus être mise en question, et nous admettons qu'il doit en être de même pour les subrogations à d'autres hypothèques ou à des priviléges immobiliers.

[5] En cette matière, le mot *subrogation* exprime l'idée de la substitution éventuelle d'un créancier à un autre créancier hypothécaire ou privilégié, à l'effet d'exercer, pour le recouvrement de sa propre créance, les droits hypothécaires ou privilégiés de ce dernier. Cette substitution rappelle celle qui, en cas de paiement avec subrogation, s'opère au profit du tiers qui a fait le paiement, ou qui a fourni au débiteur les deniers à l'aide desquels il l'a effectué. Mais, malgré cette similitude apparente de résultats, les deux espèces d'opérations ou de conventions n'ont au fond rien de commun, et on s'exposerait à d'étranges erreurs, si l'on voulait appliquer aux subrogations dont nous nous occupons actuellement, les règles relatives au paiement avec subrogation. Cpr. notes 15 à 17 *infra*.

[6] Req. rej., 25 janvier 1853, Sir., 53, 1, 423. — Cependant dans le cas même où l'hypothèque du créancier antérieur en rang n'aurait pas été conservée, la cession de priorité, en tant que promesse d'abstention, serait toujours opposable aux ayants-cause de ce créancier, et notamment au cessionnaire qui, en cette qualité, aurait fait renouveler l'inscription en son nom.

[7] Il existe sous ce rapport une différence notable entre la simple cession de priorité et la subrogation à l'hypothèque, en ce que, dans le cas prévu au texte, le créancier subrogé est admis à faire valoir l'hypothèque du subrogeant malgré l'extinction de la sienne propre.

les immeubles sur lesquels le subrogé sera autorisé à exercer ses droits hypothécaires, avoir des effets plus étendus que la simple cession de priorité de rang ; mais pas plus que celle-ci, elle ne détache l'hypothèque de la créance du subrogeant, pour l'adjoindre ou l'incorporer comme accessoire à celle du subrogé. Elle ne constitue qu'une sorte de cautionnement réel ou de nantissement *sui generis*, qui, sans investir le subrogé de la propriété, soit de la créance du subrogeant, soit de l'hypothèque qui la garantit, l'autorise cependant à exercer, dans la mesure de sa propre créance, les droits hypothécaires que ce dernier pourrait lui-même faire valoir [8]. L'effet de la subrogation reste donc subordonné, comme

[8] Les avis sur la nature ou le caractère juridique de la subrogation ou cession d'hypothèque sont fort divergents. Notre manière de voir à cet égard se rapproche de celle de MM. Mourlon (*Des subrogations*, p. 593 et suiv.) et Benech (*op. cit.*, p. 13). Voy. aussi en ce sens les considérants d'un arrêt de la Cour de Caen du 11 mars 1854, Sir., 55, 2, 69. Elle se fonde sur ce que la cession d'hypothèque n'est en réalité, et d'après l'intention des parties, qu'une convention de garantie : le cédant entend donner et le cessionnaire recevoir une sûreté spéciale. On objecte que la cession d'hypothèque, considérée comme nantissement, ne serait efficace qu'à la condition de l'accomplissement des formalités prescrites pour le nantissement des créances. Cette objection, dont nous reconnaissons toute la gravité (voy. note 4 *supra*), n'a point arrêté la jurisprudence, qui, pour l'écarter, s'est attachée au caractère particulier de la cession d'hypothèque, dont l'objet est bien moins de donner en gage la créance même du cédant, que d'affecter son hypothèque, c'est-à-dire un droit immobilier, à la sûreté de la créance du cessionnaire. — M. Gautier (*Des subrogations*, n° 577, et *Dissertation*, Sir., 55, 1, 193) assigne un caractère beaucoup plus restreint à la subrogation, qui, selon lui, ne constitue, de la part du subrogeant, qu'une renonciation à son droit d'hypothèque en faveur du subrogé. Dans ce système, le subrogé ne pourrait jamais exercer les droits hypothécaires du subrogeant que relativement aux immeubles sur lesquels il aurait personnellement hypothèque. — Quant à M. Bertauld (*op. cit.*, nos 4 et 51), il estime que la subrogation est plus qu'un simple nantissement, qu'elle implique virtuellement la cession éventuelle de la créance du subrogeant, et que c'est ainsi la nature du transport qui y prédomine. Cette opinion, qui tendrait à attacher à la subrogation une efficacité indépendante du sort de la créance du subrogeant, et qui conduit M. Bertauld à exiger l'accomplissement de la formalité prescrite par l'art. 1690, ne nous paraît pas admissible, en ce que, d'une part, tout transport exige comme condition essentielle l'existence d'un prix, condition qui ne se rencontre pas dans la convention dont il s'agit, et en ce que, d'un autre côté, il n'entre pas dans l'intention des contractants de déplacer, même d'une manière simplement éventuelle, la propriété de la créance ou de l'hypothèque du subrogeant. — Enfin, M. Pont (n° 472) voit dans la subrogation une délégation éventuelle de ses droits hypothécaires faite par le subrogeant au profit du subrogé, en ce sens que le subrogeant s'engage conditionnellement, soit à payer la créance du subrogé, soit au moins à lui aban-

celui de la simple cession de propriété de rang, à la condition de la conservation de la créance du subrogeant[9]. C'est ce qui sera plus amplement expliqué au paragraphe suivant[10].

L'efficacité de ce nantissement spécial est indépendante de l'accomplissement des formalités exigées par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, à moins qu'il ne s'agisse de la subrogation à l'hypothèque légale d'une femme mariée[11]. Hors ce cas, les actes constatant de pareils nantissements sont opposables aux tiers, à la seule condition d'avoir acquis date certaine; et les effets s'en règlent d'après les principes que la jurisprudence antérieure à la loi précitée avait consacrés quant aux subrogations dans l'hypothèque légale des femmes mariées. Cependant, pour empêcher que le subrogeant ne puisse donner main-levée de son inscription, le subrogé doit faire mentionner sa subrogation en marge de cette inscription.

Lorsqu'un acte notarié contenant une constitution d'hypothèque consentie pour sûreté d'un prêt, énonce en même temps que la créance ainsi garantie se trouve représentée par des lettres de change ou des billets à ordre, souscrits par l'emprunteur au profit du prêteur, le bénéfice de l'hypothèque passe, par le seul effet de l'endossement, aux porteurs de ces billets ou lettres de change[12]. Il en est de même du privilége pour prix de vente d'un

donner en paiement l'exercice de ses droits d'hypothèque. Cette opinion, quoique se rapprochant davantage de la vérité, n'est cependant pas complétement juridique. On ne gagne rien à substituer l'idée d'une délégation à celle d'un transport, parce que toute délégation suppose, de la part de celui qui la consent, une dette qu'il entend faire acquitter à sa décharge par le délégué, et que la subrogation peut avoir lieu sans qu'il y ait engagement personnel du subrogeant envers le subrogé.

[9] Voy. Req. rej., 25 janvier 1853, Sir., 53, 1, 423. Cpr. cep. Caen, 11 mars 1854, Sir., 55, 2, 69.

[10] Cpr. § 288 *bis*, texte et notes 24 à 30.

[11] Bressolles, *Exposé sur la transcription*, n° 100. Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, n° 408. Troplong, *De la transcription*, n° 344. Flandin, *De la transcription*, II, 1156, 1157 et 1174. Cpr. Bertauld, *op. cit.*, n° 112. Voy. en sens contraire : Ducruet, *Études sur la transcription*, n° 41.

[12] Bertauld, *op. cit.*, n° 181. Req. rej., 10 août 1831, Sir., 31, 1, 371. Req. rej., 21 février 1838, Sir., 38, 1, 208. Req. rej., 11 juillet 1839, Sir., 39, 1, 939. Colmar, 30 décembre 1850 et 29 mars 1852, Sir., 54, 2, 487 et 488. Voy. en sens contraire : Cabantous, Sir., 38, 1, 209, à la note ; Massé, *Droit commercial*, VI, 317 ; Bucquoy, *Revue critique*, 1864, XXV, p. 52. Cpr. Lyon, 22 mars 1830, Sir., 31, 2, 238 ; Grenoble, 7 février 1835, Sir., 35, 2, 340. Ces arrêts, que M. Cabantous cite en sens contraire, ont statué sur une question toute différente.

immeuble ou de cession d'un office, si l'acte de vente ou de cession constate la création d'effets à ordre en paiement du prix [13]. Dans ces différentes hypothèses, les paiements faits au prêteur, au vendeur, ou au cédant, ne pourraient être opposés aux tiers auxquels les effets auraient été passés, fût-ce même postérieurement à ces paiements [14].

En cas de cession partielle d'une créance privilégiée ou hypothécaire, le cédant, resté propriétaire d'une partie de la créance, et le cessionnaire du surplus, ne jouissent en général, et sauf convention contraire, d'aucune préférence l'un au préjudice de l'autre. De même, si les différentes portions d'une créance ont fait l'objet de cessions séparées et successives, les divers cessionnaires ne jouissent, les uns à l'égard des autres, d'aucune préférence à raison de l'antériorité respective de leurs titres, et le produit de la réalisation du privilége ou de l'hypothèque attaché à la créance se répartit entre eux au marc le franc [15].

Les mêmes principes s'appliqueraient, même en dehors de toute cession de créances, à des subrogations partielles aux priviléges ou hypothèques du subrogeant [16]. Si donc une femme mariée, en subrogeant un créancier de son mari à son hypothèque légale, avait restreint la subrogation à une part aliquote, à la moitié par exemple, de ses droits et créances, elle serait, à moins de convention contraire, placée sur la même ligne que le subrogé, de telle sorte que le montant de la collocation assignée à son hypothèque se partagerait par moitié entre eux [17]. Que si elle avait suc-

[13] Troplong, *De la vente*, II, 906. Duvergier, *De la vente*, II, 212. Req. rej., 15 mars 1825, Sir., 26, 1, 61. Metz, 26 janvier 1854, Sir., 54, 2, 743.

[14] Req. rej., 15 mars 1825, Sir., 26, 1, 61. Cpr. cep. Troplong, *op. et loc. citt.*

[15] Ces propositions ont été développées au § 359 *bis*, texte n° 2 et notes 43 à 45. Voy. dans le sens de l'opinion énoncée à cette dernière note : Paris, 17 avril 1834, Sir., 34, 2, 305 ; Colmar, 30 décembre 1850 et 29 mars 1852, Sir., 54, 2, 487 et 488. Voy. en sens contraire : Nancy, 9 mars 1858, Sir., 58, 2, 369.

[16] La disposition de l'art. 1252, fondée sur la nature particulière de la subrogation par suite de paiement (*nemo contra se subrogasse videtur*), ne saurait être étendue à la subrogation dont il s'agit ici, et qui n'a de commun avec la première que le nom. La position de celui qui subroge un tiers à ses droits privilégiés ou hypothécaires, est celle d'un créancier qui donne sa créance en gage, et il paraît hors de doute que le créancier qui aurait donné en gage la moitié de sa créance seulement, ne jouirait pour l'autre moitié d'aucune préférence sur le gagiste.

[17] Mourlon, *Des subrogations*, p. 21 à 26 et 575. Bertauld, *op. cit.*, nos 166 à 168. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 93 ; Troplong, I, 367 ; Benech, *op.*

cessivement subrogé plusieurs créanciers à des portions déterminées de ses droits, le créancier dont la subrogation serait la première en date, ne jouirait d'aucune préférence sur les autres, et partagerait avec eux, dans la proportion de leurs subrogations respectives, le montant de la collocation obtenue du chef de la femme[18]. Cette double solution devrait être admise dans le cas même où la femme se serait personnellement engagée, soit envers le créancier qu'elle n'a subrogé que partiellement, soit envers l'un des créanciers qu'elle a successivement subrogés à ses droits[19].

§ 288 *bis*.

Continuation. — Des renonciations et subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées en particulier.

1° La femme mariée peut, avec l'autorisation de son mari ou de la justice, renoncer à son hypothèque légale ou y subroger, à moins qu'elle ne soit mariée sous le régime dotal et qu'il ne s'agisse de ses droits dotaux[1].

La clause du contrat de mariage qui, sous le régime dotal, permet seulement l'aliénation ou l'affectation par hypothèque des immeubles dotaux, n'emporte pas pour la femme la faculté de renoncer à son hypothèque légale ou d'y subroger. Mais il en est autrement, du moins en général, de la clause qui permet l'aliénation des biens dotaux sans distinction[2].

cit., p. 103 et suiv. D'après ces auteurs, un créancier, bien que n'ayant été que partiellement subrogé à l'hypothèque légale de la femme, lui serait toujours préférable.

[18] Grenier, I, 389. Mourlon, *op. cit.*, p. 575 et 576. Bertauld, *op. cit.*, nos 169 à 173. Voy. cep. Troplong, I, 366.

[19] L'engagement personnel contracté par la femme a sans doute pour effet d'engager son patrimoine tout entier, mais n'emporte aucune affectation spéciale de son hypothèque légale au paiement de sa dette, et n'attribue ainsi au créancier aucun droit de préférence sur l'émolument de cette hypothèque. La seule cause de préférence que le créancier puisse invoquer, se trouve dans la subrogation consentie en sa faveur; et si, comme nous le supposons, cette subrogation n'a été que partielle, il ne peut évidemment la faire valoir que dans la mesure pour laquelle elle lui a été accordée. Voy. en ce sens : Bertauld, *op. cit.*, nos 174 et suiv.

[1] Cpr. § 537 *bis*, texte et note 10. Bertauld, *De la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées*, no 54.

[2] Cpr. § 537 *bis*, texte, notes 12 et 13. Pont, no 453. Bertauld, *op. cit.*, no 56.

La séparation de biens, laissant subsister l'inaliénabilité relative de la dot mobilière, ne confère pas à la femme le pouvoir d'aliéner ses garanties hypothécaires [3].

Quoique mariée sous le régime dotal, la femme peut toujours renoncer à son hypothèque légale ou y subroger, en ce qui concerne ses reprises et créances paraphernales.

La clause d'un contrat de mariage portant que la femme, mariée sous le régime de la communauté, reprendra, en cas de renonciation, son apport franc et quitte de toutes dettes, bien qu'elle s'y soit obligée ou qu'elle y ait été condamnée, n'ayant pas pour effet de soumettre cet apport au régime dotal et de le frapper d'inaliénabilité, ne prive pas la femme de la faculté de céder l'hypothèque légale attachée à sa dot [4].

2° La femme qui jouit de la faculté de renoncer à son hypothèque légale, ou d'y subroger, peut en user au profit de tiers à l'égard desquels elle n'est pas personnellement obligée, aussi bien qu'en faveur de ses créanciers personnels, ou de ceux de son mari envers lesquels elle s'est engagée conjointement avec lui.

Il lui est d'ailleurs loisible de restreindre l'effet des renonciations ou subrogations qu'elle consent, en les limitant, soit à une partie des immeubles soumis à son hypothèque, soit à une certaine nature de droits ou de créances contre le mari, soit enfin à une partie aliquote de ces droits ou créances. En cas de contestation sur l'étendue de pareilles conventions, il appartient au juge d'en déterminer la portée d'après l'intention des parties et la règle que toute renonciation doit s'interpréter strictement [5].

La renonciation à l'hypothèque légale peut être expresse ou tacite.

La femme qui a concouru à la vente passée par le mari d'immeubles à lui appartenant, ou de conquêts de communauté, est en général censée avoir renoncé, en faveur de l'acquéreur, à l'exercice de son hypothèque légale sur les biens formant l'objet de la vente [6]. Mais elle conserve son droit de préférence sur le prix exis-

[3] Cpr. § 539, texte, notes 7 et 8. Bertauld, *op. cit.*, n° 55.

[4] Cpr. § 533, texte et note 9. Bertauld, *op. cit.*, n° 59. Voy. en sens contraire : Pont, n° 451.

[5] Cpr. Bertauld, *op. cit.*, n° 50 ; Paris, 27 mai 1848, Sir., 49, 2, 283.

[6] L. 11, D. *quib. mod. pign. solv.* (20, 6). L. 158, D. *de R. J.* (50, 17). Troplong, II, 599. Pont, n° 465. Req. rej., 9 février 1859, Sir., 60, 1, 647. Civ. cass., 26 août 1862, Sir., 62, 1, 920. — Il en serait autrement si l'intervention de la femme au contrat de vente s'expliquait par la circonstance qu'elle avait un

tant encore entre les mains de l'acquéreur, tant à l'égard des créanciers du mari [7], que même à l'encontre des tiers auxquels il aurait été cédé [8].

L'obligation contractée par la femme, solidairement ou conjointement avec son mari, emporte virtuellement de sa part renonciation ou subrogation à son hypothèque légale au profit du créancier, lorsque le mari a, dans le même acte, constitué une hypothèque en faveur de ce dernier [9]. Au cas contraire, le créancier ne jouit d'aucune subrogation, encore qu'il ait plus tard obtenu jugement contre le mari et la femme sur le fondement de leur obligation [10]; d'où il suit qu'il ne peut demander, dans les ordres ouverts sur le mari, que des collocations en sous-ordre sur les sommes qui seront affectées à la femme, sans aucune préférence à l'encontre de ses autres créanciers [11].

La subrogation tacite, résultant du concours de la femme à un acte par lequel le mari a constitué une hypothèque, ne s'applique qu'aux immeubles compris dans cette affectation hypothécaire.

intérêt personnel à y figurer. Cpr. Req. rej., 4 juin 1854, Sir., 55, 1, 743; Req. rej., 30 juin 1856, Sir., 57, 1, 260.

[7] Pont, n° 485. Req. rej., 20 août 1816, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 1, 232. Civ. cass., 14 janvier 1817, *Ibid.*, V, 1, 272. Amiens, 19 décembre 1846, Sir., 47, 2, 193. Lyon, 15 mai 1847, Sir., 48, 2, 230. Req. rej., 21 février 1849, Sir., 49, 1, 643. Cpr. Mourlon, *De la transcription*, II, 956 et suiv.

[8] Amiens, 16 février 1854, Sir., 54, 2, 260. Civ. rej., 6 novembre 1855, Sir., 56, 1, 235.

[9] Troplong, II, 599 et 603. Benech, *Du nantissement appliqué aux droits et reprises de la femme*, n° 26. Bertauld, *op. cit.*, n^os^ 63 à 69 et 72. Pont, n° 464. Req. rej., 2 avril 1829, Sir., 29, 1, 194. Bourges, 4 mars 1831, Sir., 32, 2, 31. Req. rej., 4 février 1839, Sir., 39, 1, 107. Caen, 3 mai 1852, Sir., 53, 2, 79. Req. rej., 8 août 1854, Sir., 54, 1, 521. Paris, 31 mars 1853, Sir., 53, 2, 337. Civ. rej., 26 juin 1855, Sir., 55, 1, 670. Metz, 22 janvier 1856, Sir., 56, 2, 305. Civ. cass., 25 février 1862, Sir., 62, 1, 356. — D'après M. Gauthier (*Des subrogations*, n° 578), l'obligation contractée par la femme solidairement avec le mari, quoique accompagnée d'une affectation hypothécaire sur les biens de ce dernier, n'emporterait pas, de la part de la femme, renonciation à son hypothèque légale, si cette affectation n'avait été faite qu'au nom du mari. Mais cette restriction ne doit pas être admise.

[10] Grenier, I, 254. Troplong, II, 600 *bis* et 603. Pont, n° 463. Bertauld, *op. cit.*, n° 70. Paris, 2 janvier 1836, Sir., 36, 2, 149. Caen, 15 juillet 1840, Sir., 40, 2, 522. Orléans, 24 mai 1848, Sir., 50, 2, 143. Orléans, 12 janvier 1854, Sir., 54, 2, 561. Cpr. cep. Civ. rej., 17 avril 1827, Sir., 28, 1, 91; Bourges, 4 mars 1831, Sir., 32, 2, 31.

[11] Req. rej., 4 février 1839, Sir., 39, 1, 107. Cpr. Orléans, 24 mai 1848, Sir., 50, 2, 143.

3°) D'après une jurisprudence constante, suivie avant la loi du 23 mars 1855, les renonciations ou subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées n'étaient soumises, pour leur validité, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers, à aucune condition particulière de forme[12].

D'un autre côté, elles participaient au bénéfice de la dispense d'inscription attachée à cette hypothèque elle-même, de manière qu'au cas de plusieurs renonciations ou subrogations successives, la préférence entre les créanciers au profit desquels elles avaient eu lieu, se réglait uniquement d'après la date respective des actes contenant ces conventions[13].

Cette jurisprudence, qui régit encore aujourd'hui les actes ayant une date certaine antérieure au 1er janvier 1856[14], était pleine de dangers pour les femmes mariées elles-mêmes, comme pour les tiers avec lesquels elles traitaient. Aussi fut-elle réformée par la loi du 23 mars 1855, dont l'art. 9 est ainsi conçu : « Dans le cas « où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renon- « cer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte « authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des « tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, « ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription « préexistante. — Les dates des inscriptions ou mentions déter- « minent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou « renonciations, exercent les droits hypothécaires de la femme. »

Ces dispositions s'appliquent dans leur ensemble aux subrogations ou renonciations tacites, comme à celles qui ont été faites expressément.

Il en résulte que les renonciations ou subrogations tacites à l'hypothèque légale ne deviennent, comme les expresses, efficaces à

[12] Cette jurisprudence était conséquente à son point de départ. Elle appliquait aux subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées les principes du Droit commun sur la forme des actes translatifs de droits réels immobiliers. Cpr. § 288, note 3. Pont, n° 466.

[13] Voy. Paris, 12 décembre 1817, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 338; Nancy, 24 juin 1825, Sir., 35, 2, 84; Civ. rej., 24 janvier 1838, Sir., 38, 1, 97; Bordeaux, 10 avril 1845, Sir., 47, 2, 166; Paris, 18 mars 1848, Sir., 48, 2, 307; Metz, 22 janvier 1856, Sir., 56, 2, 395.

[14] Loi du 23 mars 1855, art. 11. Ainsi, entre plusieurs créanciers ayant obtenu des subrogations avant le 1er janvier 1856, la préférence se détermine encore toujours par les dates respectives de leurs subrogations, et cela sans égard aux inscriptions ou mentions que l'un ou plusieurs d'entre eux auraient fait opérer depuis cette époque. Civ. rej., 9 mai 1860, Sir., 60, 1, 613.

l'égard des tiers, que du jour où elles ont été rendues publiques dans la forme prescrite[15]. Il en est ainsi, même de la renonciation que produit, au profit de l'acquéreur d'immeubles vendus par le mari, le concours de la femme à l'acte de vente[16].

[15] Cette proposition est généralement admise, en ce qui concerne les renonciations ou subrogations tacites consenties en faveur des créanciers du mari, que la femme se soit ou non personnellement engagée envers eux.

[16] Une pareille renonciation, nous le reconnaissons, est simplement abdicative, lorsqu'il n'existe pas d'hypothèques postérieures en rang à celle de la femme, et qu'ainsi elle n'a pour l'acquéreur d'autre objet que de le défendre contre l'exercice de l'hypothèque légale par la femme elle-même ou par des tiers cessionnaires. Voy. note 28 *infra*. Mais, dans cette hypothèse même, le caractère particulier et les effets plus restreints de cette renonciation ne sauraient, à notre avis, être un motif pour la dispenser, vis-à-vis des tiers, des conditions de publicité prescrites par l'art. 9 de la loi de 1855. La disposition de cet article est générale et embrasse toutes les renonciations susceptibles de présenter, à un degré plus ou moins élevé, les dangers et les inconvénients que le législateur a voulu écarter. Or, n'est-il pas évident que les créanciers auxquels la femme viendrait offrir la garantie de son hypothèque légale, après y avoir elle-même renoncé en faveur des acquéreurs des immeubles du mari, seraient exposés à être trompés, si de pareilles renonciations leur étaient opposables sans avoir été rendues publiques ? Et la possibilité d'un pareil résultat n'est-elle pas en opposition avec l'esprit et le but de la loi ? Nous ajouterons que les motifs sur lesquels est fondée la disposition de l'art. 2 de la loi du 23 mars 1855, qui soumet à la nécessité de la transcription des renonciations purement extinctives, et l'esprit dans lequel la loi tout entière a été rédigée, viennent à l'appui de notre opinion. Voy. en ce sens : Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, nº 391 ; Bertauld, *op. cit.*, nº 93. Voy. en sens contraire : Mourlon, *Revue pratique*, 1856, I, p. 180 et suiv. — M. Pont (nº 486) enseigne que la renonciation à l'hypothèque légale, consentie en faveur de l'acquéreur d'immeubles du mari, est efficace à l'égard des tiers, sans qu'il soit nécessaire de la faire connaître autrement que par la transcription de l'acte de vente dans lequel la femme est intervenue. Cet auteur, on le voit, ne va pas jusqu'à dispenser de pareilles renonciations de toute condition de publicité ; mais il pense que la publicité résultant de la transcription de l'acte de vente doit suffire pour avertir les tiers, et rend ainsi sans objet les formalités spéciales prescrites par l'art. 9 de la loi de 1855, qui, selon lui, ne s'appliqueraient qu'aux renonciations consenties au profit de créanciers de la femme elle-même ou du mari. Cette manière de voir se réfute, nous le croyons, par les considérations suivantes : il peut arriver que la femme, qui n'avait pas concouru à la vente passée par le mari, renonce plus tard, et par acte séparé, à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur. En pareil cas, la transcription de l'acte de vente n'apprendrait rien aux tiers quant à la renonciation à l'hypothèque légale, et il faudrait bien en venir à l'application de l'art. 9 précité. D'ailleurs, quand on suppose que la transcription de l'acte de vente dans lequel la femme serait effectivement intervenue, remplace utilement l'inscription ou la mention exigée par cet article, on assigne à la transcription

Quant à la condition d'authenticité, elle est exigée dans l'intérêt de la femme elle-même, aussi bien que dans celui des tiers. On doit en conclure que la nullité résultant de l'inobservation de cette condition, peut être proposée par cette dernière ou par ses créanciers chirographaires, peu importe qu'elle se soit ou non personnellement engagée envers le tiers au profit duquel est intervenue la renonciation ou subrogation à l'hypothèque légale [17].

Du reste, la double condition d'authenticité et de publicité est requise dans le cas où la femme, voulant subroger à son hypothèque légale, a déclaré céder ses droits et reprises mêmes, aussi bien que dans celui où elle s'est bornée, soit à céder cette hypothèque, soit à y renoncer [18].

un rôle qui ne lui appartient pas. Les aliénations faites par le mari ne portant par elles-mêmes aucune atteinte aux droits hypothécaires de la femme, qu'elles laissent subsister dans leur intégrité, le créancier auquel cette dernière offre la subrogation à son hypothèque légale, n'a point à s'enquérir si le mari a ou non vendu ses immeubles, et peut accepter cette offre sans avoir préalablement recours au registre des transcriptions.

[17] Mourlon, *De la transcription*, II, 1005. Bertauld, *op. cit.*, nos 82 et 83. Voy. en sens contraire : Troplong, *De la transcription*, no 362 ; Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, no 390 ; Pont, no 467 ; Flandin, *De la transcription*, II, 1547. Ces auteurs pensent qu'une subrogation ou renonciation, quoique contenue dans un acte sous seing privé, n'en serait pas moins valable à l'égard de la femme, et que l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, qui exige l'authenticité des actes, n'a d'utilité et d'intérêt que dans le cas où il y a plusieurs cessions ou renonciations successives. Il nous est impossible de partager cette opinion, aussi contraire à l'esprit qu'au texte de la loi. S'il est incontestable, comme MM. Troplong et Pont le reconnaissent eux-mêmes, que le législateur, en prescrivant l'authenticité des actes de subrogation ou de renonciation, a voulu donner à la femme mariée une garantie contre les surprises et les abus de l'autorité maritale, on ne peut, en principe, lui refuser le droit d'exciper elle-même de la nullité de toute subrogation ou renonciation résultant d'un simple acte sous seing privé. A la vérité, la femme n'aura aucun intérêt à se prévaloir de cette nullité si, comme il arrive d'ordinaire, elle se trouve engagée personnellement envers le tiers au profit duquel elle a renoncé à son hypothèque. Mais il se peut que la renonciation ou subrogation, consentie en faveur d'un créancier du mari, n'ait été accompagnée d'aucune obligation personnelle de sa part, et, dans ce cas, elle aurait évidemment qualité pour en opposer la nullité. D'ailleurs, la femme elle-même fût-elle sans intérêt à le faire, ses créanciers chirographaires seraient toujours en droit de contester la validité ou l'efficacité de la subrogation, puisqu'il s'agirait pour eux de faire écarter un droit de préférence que les créanciers prétendûment subrogés réclameraient sur les biens de leur débitrice commune.

[18] Pont, no 469. Bertauld, *op. cit.*, no 93. Voy. en sens contraire : Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcription*, nos 393 et suiv. Ces auteurs pensent que

La condition de publicité peut, dans le cas même où l'hypothèque légale aurait déjà été inscrite au nom de la femme, être régulièrement remplie au moyen d'une inscription nouvelle de cette hypothèque, requise par le subrogé à son profit, sans qu'il soit alors nécessaire de faire mentionner la subrogation en marge de l'inscription prise au nom de la femme [19].

L'inscription que les créanciers subrogés à l'hypothèque légale peuvent avoir à prendre, soit pour la conservation de cette hypothèque même ou de son rang, soit pour l'efficacité des subrogations à l'égard des tiers, doit contenir les énonciations exigées par l'art. 2153. Lorsqu'un créancier, au profit duquel le mari a constitué une hypothèque conventionnelle, a obtenu en même temps la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme, la simple mention de la subrogation dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle n'équivaut pas à inscription de l'hypothèque légale, et ne saurait en tenir lieu [20]. Cependant il n'est pas indispensable que les deux hypothèques soient inscrites séparément : l'inscription de l'hypothèque légale peut être prise cumulativement avec celle de l'hypothèque conventionnelle, et sera suffisante, en ce qui concerne la première, si elle contient les énonciations requises par l'art. 2153 [21].

lorsque la femme a déclaré céder ses droits et reprises, il suffit d'un acte sous seing privé, et d'une notification extra-judiciaire ou d'une acceptation par acte authentique. Cette opinion, qui serait exacte s'il était question d'une véritable cession-transport, est évidemment inadmissible quand il s'agit en réalité d'une garantie à donner à un créancier par le moyen de la subrogation à l'hypothèque légale. Or, la formule par laquelle la femme déclare céder ses droits et reprises à un créancier pour sûreté et jusqu'à concurrence de sa créance, n'exprime qu'une simple idée de subrogation ; et tout le monde sait que cette formule n'a été mise en usage que pour couper court à l'ancienne controverse, sur le point de savoir si l'hypothèque légale de la femme était susceptible d'être cédée séparément de ses droits et créances. Ajoutons que le but de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 serait complétement manqué, à l'égard des tiers comme de la femme elle-même, si son application pouvait dépendre des termes dans lesquels cette dernière renoncerait ou subrogerait à son hypothèque légale.

[19] Bertauld, *op. cit.*, n° 96.

[20] Mourlon, *Revue pratique*, 1856, I, p. 560. Amiens, 14 août 1839, Sir., 40, 2, 305. Amiens, 10 juillet 1843, Sir., 46, 2, 395. Civ. rej., 4 février 1856, Sir., 56, 1, 225. Paris, 27 février 1857, Sir., 57, 2, 283. Req. rej., 1er juin 1859, Sir., 61, 1, 223. Civ. rej., 21 juillet 1863, Sir., 63, 1, 489. Voy. en sens contraire : Pont, *Revue critique*, 1857, IX, p. 97 ; Paris, 30 juin et 31 août 1854, Sir., 55, 2, 177 ; Bourges, 20 avril 1859, Sir., 60, 2, 241.

[21] Rivière et François, *Explication de la loi du 23 mars 1855*, n° 136. Trop-

L'inscription de l'hypothèque légale de la femme, requise par un créancier subrogé à cette hypothèque, ne profite pas à la femme ou à ses héritiers, qui n'en restent pas moins soumis, au cas de purge, ou lors de la dissolution du mariage, à la nécessité de prendre inscription en leur propre nom dans le délai de deux mois, à dater de la notification faite en conformité de l'art. 2194, ou dans l'année qui a suivi la dissolution du mariage [22].

A plus forte raison, une pareille inscription ne profite-t-elle pas aux autres créanciers subrogés, qui ne pourraient, pour la conservation de leurs droits, se contenter de faire mentionner la subrogation en marge de cette inscription [23].

Que si l'inscription avait été requise au nom de la femme elle-même, le bénéfice pourrait en être invoqué par celle-ci et par tous les créanciers subrogés à son hypothèque légale, sans qu'il fût permis d'établir, à l'aide de preuves puisées en dehors des énonciations de l'inscription elle-même, qu'elle a été prise dans l'intérêt exclusif de l'un ou l'autre de ces créanciers [24].

Du reste, les renonciations (*in favorem tertii*) ou les subrogations à l'hypothèque légale de la femme ne sont pas soumises aux conditions prescrites par les art. 2144 et 2145 [25]. D'un autre côté, elles sont efficaces par elles-mêmes, et indépendamment de l'acceptation de ceux au profit desquels elles sont faites [26].

4° Toute renonciation expresse ou tacite à l'hypothèque légale,

long, *De la transcription*, n° 343. Pont, n^os^ 781 et suiv. Orléans, 20 février 1857, Sir., 57, 2, 200. Dijon, 13 juillet 1858, Sir., 59, 2, 366. Voy. en sens contraire : Mourlon, *Revue pratique*, 1856, I, p. 95.

[22] Arg. art. 9 de la loi du 23 mars 1855. La doctrine exposée au texte a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, aux considérants duquel nous n'avons rien à ajouter. Civ. cass., 5 février 1861, Sir., 61, 1, 209. Cet arrêt de la Chambre civile est d'autant plus remarquable, qu'il a été rendu en opposition avec un précédent arrêt de la Chambre des requêtes (Req. rej., 2 juin 1858, Sir., 58, 1, 133), et que la Cour suprême, quoique se trouvant en situation, d'après les circonstances de la cause, de décider la question en fait, a cru devoir la résoudre en principe. Voy. dans le même sens : Pont, *Revue critique*, 1857, XI, p. 22 et suiv., n^os^ 16 à 21 ; Bertauld, *op. cit.*, n° 101 ; Civ. rej., 21 juillet 1863, Sir, 63, 1, 489. Voy. en sens contraire : Amiens, 31 mars 1857, Sir., 57, 2, 637 ; Toulouse, 30 décembre 1859, Sir., 60, 2, 241.

[23] Civ. rej., 4 février 1856, Sir., 56, 1, 225. Paris, 27 février 1857, Sir., 57, 2, 283. Req. rej., 1^er^ juin 1859, Sir., 61, 1, 223.

[24] Civ. cass., 25 février 1862, Sir., 62, 1, 356.

[25] Voy. § 264 *ter*, texte n° 7, notes 76 et 77.

[26] Req. rej., 19 novembre 1855, Sir., 56, 1, 145. Nîmes, 5 août 1862, Sir., 62, 2, 401.

consentie par la femme en faveur d'un de ses créanciers personnels ou d'un créancier du mari, doit en général, et d'après l'intention probable des parties, être considérée comme translative et comme emportant, de même qu'une cession formelle, une véritable subrogation à cette hypothèque[27]. Le créancier au profit duquel la renonciation a eu lieu, est donc, comme tout subrogé, autorisé à exercer, en son propre nom, les droits hypothécaires de la femme.

Quant à la renonciation consentie en faveur d'un acquéreur d'immeubles vendus par le mari, elle est simplement abdicative, lorsqu'il n'existe pas sur ces immeubles d'hypothèques postérieures en rang à celle de la femme, parce que, dans ce cas, elle ne peut avoir d'autre objet que de mettre l'acquéreur à l'abri de l'exercice de l'hypothèque légale, de la part de la femme elle-même ou des créanciers auxquels elle pourrait ultérieurement la céder[28]. Au cas con-

[27] Proudhon (*De l'usufruit*, V, 2339) et M. Mourlon (*Des subrogations*, p. 598 et suiv.) avaient, au contraire, soutenu que les renonciations à l'hypothèque légale des femmes mariées n'étaient jamais que privatives ou extinctives. En partant de là, M. Mourlon avait été conduit à décider que la femme qui, sans *céder* son hypothèque légale, y avait simplement renoncé au profit d'un créancier du mari, conservait, vis-à-vis de ce créancier, le droit de concourir au marc le franc de leurs créances respectives sur le prix des immeubles auxquels s'appliquait la renonciation. Mais cette théorie, qui avait le tort de résoudre, en principe de Droit, des questions d'interprétation de conventions, et qui était en opposition avec l'intention ordinaire et vraisemblable des parties, a été repoussée avec raison par la grande majorité des auteurs et par la jurisprudence. Troplong, II, 606, et *De la transcription*, nº 332. Gauthier, *Des subrogations*, nº 583. Bertauld, *op. cit.*, nº 50. Pont, nºs 476 et 477. Rivière et Huguet, *op. cit.*, nºs 385 et suiv. Paris, 1er juin 1807. Amiens, 17 mars 1823, Req. rej., 15 juin 1825, Nancy, 22 mai 1826, Req. rej., 2 avril 1829, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, 2, 251, VII, 2, 182, VIII, 1, 137, VIII, 2, 236, IX, 1, 266. Lyon, 7 avril 1854, Sir., 54, 2, 577. Req. rej., 8 août 1854, Sir., 54, 1, 521. Cpr. en sens contraire : Paris, 23 août 1853, Sir., 53, 2, 545, et trois arrêts de la Cour de Caen, rapportés par M. Bertauld, *op. cit.*, nº 21. Voy. aussi : Benech, *Du nantissement*, nº 64. Cet auteur croit devoir distinguer entre la renonciation expresse et la renonciation tacite, et incline à n'attribuer à cette dernière qu'un caractère simplement abdicatif : mais cette distinction n'a pas de fondement solide. — Ajoutons que la doctrine émise au texte a été consacrée par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, qui place sur la même ligne les renonciations et les cessions formelles, en y attachant les mêmes effets.

[28] C'est à tort que quelques auteurs (voy. Pont, nºs 484 et 486 ; Mourlon, *Revue pratique*, 1856, I, p. 188 et suiv.) qualifient d'*extinctive* la renonciation à l'hypothèque légale consentie par la femme en faveur de l'acquéreur d'immeubles soumis à cette hypothèque. Les renonciations de cette espèce, qui peuvent

traire, on doit la considérer comme translative, en ce sens que l'acquéreur qui, après avoir payé son prix, se trouve obligé de purger ou de délaisser, peut, dans l'ordre ouvert sur le mari, exercer, à l'encontre des créanciers postérieurs en rang à la femme, les droits hypothécaires de celle-ci[29].

La subrogation dans l'hypothèque légale, de quelque manière et sous quelque forme qu'elle se soit opérée, n'investit le créancier subrogé, ni de la propriété des créances de la femme contre le mari, ni même de son hypothèque, laquelle reste attachée comme accessoire à ses droits et reprises : elle confère seulement au subrogé le droit d'exercer éventuellement, et jusqu'à concurrence de sa créance, les droits hypothécaires de la femme, dans la même mesure et sous les mêmes conditions qu'elle pourrait le faire elle-même[30]. L'effet de la subrogation demeure donc subordonné à la double condition que la femme se trouve, au moment où il s'agira de la faire valoir, créancière de son mari, et que son hypothèque ait été conservée[31].

Cette manière d'envisager la subrogation conduit, entre autres, aux applications suivantes :

a. La subrogation consentie par une femme commune en biens s'évanouit comme étant sans objet, s'il résulte de la liquidation ultérieure de ses droits, qu'au lieu d'être créancière, elle est débitrice de la communauté ou de son mari[32].

b. Il en est de même de la subrogation consentie par une femme mariée sous le régime de la communauté, avec faculté de re-

même, d'après l'intention des parties, revêtir un caractère translatif, ne sont, en dehors de cette hypothèse, que de simples promesses d'abstention de la part de la femme, promesses qui, à l'égard des créanciers du mari, laissent subsister ses droits hypothécaires. Cpr. texte et notes 6 à 8 *supra*.

[29] Les créanciers du mari ne sauraient se prévaloir de la renonciation à l'hypothèque légale pour empêcher l'acquéreur de s'en servir contre eux, comme exerçant les droits de la femme. Arg. art. 1165. Mourlon, *Des subrogations*, p. 609. Bertauld, *op. cit.*, nº 140. Civ. cass., 14 janvier 1817, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 1, 272.

[30] Cpr. § 288, texte et note 6.

[31] On peut objecter que, d'après cette manière de voir, la subrogation ne confère pas d'avantage assuré, et peut devenir illusoire. Cela est vrai ; mais ce n'est pas une raison pour attacher aux conventions de cette nature des effets qui dépasseraient l'intention réelle des parties, et qu'une cession véritable ou un nantissement régulier pourraient seuls produire. Voy. en sens contraire : Bertauld, *op. cit.*, nos 116 et suiv.

[32] Pont, nº 482. Paris, 3 février 1855, Sir., 55, 2, 307.

prendre ses apports, mais en cas de renonciation seulement, lorsque, par suite de l'acceptation de la communauté, elle n'a plus de reprises, ni de répétitions à exercer contre le mari [33].

c. Si les héritiers de la femme sont en même temps les héritiers du mari, et qu'après avoir accepté la succession de la femme, ils acceptent aussi purement et simplement celle du mari, ou réciproquement, la réunion en leur personne des qualités de créanciers et de débiteurs des droits et reprises de la femme opère une confusion qui ne permet plus au créancier subrogé à l'hypothèque légale de se prévaloir de cette hypothèque [34].

d. Lorsque la femme commune en biens, après avoir subrogé un créancier, envers lequel elle s'est coobligée avec le mari, dans son hypothèque légale sur un conquêt spécialement affecté à ce créancier se fait, par voie de partage, attribuer le même immeuble pour se remplir de ses reprises, la subrogation se trouve rétroactivement anéantie avec l'hypothèque légale elle-même [35].

e. Par une raison analogue, la subrogation générale dans l'hypothèque légale d'une femme commune en biens, ne peut, au cas d'acceptation de la communauté, porter en principe quant aux conquêts, que sur la moitié appartenant au mari ou à ses héritiers; de sorte que, si des immeubles de cette espèce sont, ou vendus par la femme conjointement avec les héritiers du mari, ou expropriés sur eux, le créancier subrogé ne peut faire valoir la subrogation que pour la moitié du prix afférente à ces derniers [36].

Au surplus, la convention par laquelle une femme mariée a consenti une subrogation, expresse ou tacite, dans son hypothèque légale, est irrévocable en soi : la femme ne peut, ni la rétracter unilatéralement, ni en amoindrir l'effet, soit par de nouvelles cessions ou subrogations, soit en consentant à la réduction de son hypothèque légale [37].

D'un autre côté, l'acquéreur d'immeubles soumis à l'hypothèque légale est tenu, lorsqu'il veut les purger, de faire les notifications

[33] Bertauld, n° 126. Pont, n° 483. Req. rej., 30 avril 1849, Sir., 49, 1, 465.

[34] Pont, *loc. cit.* Orléans, 16 mars 1849, Sir., 49, 2, 449. Voy. en sens contraire : Bertauld, *op. cit.*, n^os^ 117 et 118. Cet auteur est conséquent à sa théorie, d'après laquelle la femme se trouve, par l'effet de la subrogation, éventuellement mais irrévocablement dessaisie de ses droits et reprises au profit du subrogé.

[35] Voy. § 264 *ter*, texte n° 3, et note 32.

[36] Paris, 31 mars 1853, Sir., 53, 2, 337.

[37] Bordeaux, 10 août 1854, Sir., 54, 2, 98.

nécessaires, non-seulement à la femme elle-même, mais encore aux créanciers dont les subrogations ont été rendues publiques dans la forme prescrite par la loi [38].

L'effet de la subrogation consentie en faveur d'un créancier ayant, de son propre chef, une hypothèque spéciale ou générale sur les biens du mari, est indépendante de la conservation de cette hypothèque. La péremption de l'inscription personnelle du créancier, et la perte même de son hypothèque, n'empêcheraient pas qu'il ne pût faire valoir la subrogation [39].

Le créancier dont la subrogation est générale, en ce sens qu'elle n'a pas été restreinte à certains immeubles du mari, est autorisé à exercer les droits hypothécaires de la femme, même sur les biens aliénés antérieurement à la convention de subrogation [40].

La subrogation ne pouvant jamais valoir que dans la mesure des droits de la femme, le créancier qui entend en faire usage, est tenu de prouver l'existence, dans la personne de celle-ci, de créances contre son mari, et d'en établir la quotité. Toutefois, quand la subrogation résulte d'une obligation contractée par la femme conjointement avec le mari, le créancier peut, à raison de cet engagement même et de l'indemnité à laquelle il donne lieu, se faire colloquer à la date de l'obligation, bien que la femme n'ait aucune autre créance à faire valoir contre son mari [41].

Lorsqu'une femme mariée a successivement subrogé plusieurs créanciers dans son hypothèque légale, l'ordre d'après lequel ils sont admis à exercer ses droits hypothécaires ne se détermine plus, comme autrefois, par les dates respectives des actes de subrogation, mais exclusivement par les dates des inscriptions prises par

[38] Angers, 3 avril 1835, Sir., 35, 2, 226. Cpr. cep. Amiens, 10 juillet 1843, Sir., 46, 2, 395.

[39] Pont, n° 477. Req. rej., 8 août 1854, Sir., 54, 1, 521. Voy. en sens contraire : Paris, 24 août 1853, Sir., 53, 2, 545. La Cour de Paris est partie de l'idée erronée que la renonciation tacite résultant du concours de la femme à un acte d'emprunt, avec affectation hypothécaire de la part du mari, est simplement abdicative et n'équivaut qu'à une cession de priorité de rang. Cpr. texte n° 4 et note 27 *supra*.

[40] Cpr. Civ. cass., 18 décembre 1854, Sir., 55, 1, 247. Il s'agissait, dans l'espèce sur laquelle cet arrêt est intervenu, d'une subrogation légale par suite de paiement ; mais la solution s'applique, par identité de motifs, aux subrogations dont nous nous occupons ici, à moins que le contraire ne doive s'induire de la convention.

[41] Orléans, 12 juillet 1854, Sir., 54, 2, 561. Metz, 22 janvier 1856, Sir., 56, 2, 395.

ces créanciers, ou des mentions de leurs subrogations en marge d'inscriptions préexistantes [42]. Loi du 23 mars 1855, art. 9.

La femme qui a consenti des subrogations, soit expresses, soit tacites, à son hypothèque légale, est primée par les subrogés dans les limites de leurs subrogations, et n'est pas admise à concourir avec eux, au marc le franc de leurs prétentions respectives, sur le prix des immeubles du mari [43].

Les deux propositions précédentes ne s'appliquent qu'au cas où la subrogation porte sur l'intégralité de l'hypothèque légale. Au cas de subrogation partielle, la position respective des créanciers successivement subrogés dans cette hypothèque, et celle de la femme vis-à-vis de ces créanciers, se déterminent d'après les règles exposées au § 288.

5° Les effets que produit, sur la position et les droits de la femme, l'usage ou l'exercice des subrogations par elle consenties, se déterminent d'après les règles et les distinctions suivantes :

Lorsqu'il est question d'une subrogation consentie au profit d'un créancier de la femme seule, ou d'un tiers qui n'avait pas le mari pour débiteur, les sommes touchées par le subrogé sur le prix d'immeubles du mari, réduisent d'autant les droits et créances de la femme contre ce dernier [44].

S'agit-il au contraire, ce qui arrive le plus fréquemment, d'une subrogation consentie en faveur d'un créancier du mari, l'usage que ce créancier aura fait de sa subrogation, n'entraînera aucune réduction des droits et créances de la femme contre son mari [45]. L'exercice de la subrogation n'aura d'autre résultat que de faire perdre à cette dernière, dans la mesure de la collocation obtenue par le créancier subrogé, l'avantage du rang attaché aux reprises qu'il a fait valoir, de telle sorte que, pour l'excédant, elle conservera intacts ses droits hypothécaires. Encore la perte du rang dans la mesure qui vient d'être indiquée, ne sera-t-elle que relative et ne pourra-t-elle être opposée à la femme que par les créanciers qui, nonobstant l'antériorité de leurs hypothèques à l'hypothèque

[42] Voy. texte n° 3 et note 13 *supra*.

[43] Cpr. texte n° 4 et note 27 *supra*.

[44] En pareil cas, le mari paie pour la femme et se libère d'autant envers elle.

[45] Comme la femme qui s'oblige conjointement ou solidairement avec le mari, n'est reputée, à l'égard de celui-ci, s'être engagée que comme caution (art. 1431), ce sera la dette du mari qui, dans l'hypothèse prévue au texte, aura été acquittée des deniers provenant de la vente de ses biens ; et dès lors les droits et créances de la femme ne subiront aucune diminution.

personnelle du subrogé, auront été primés par lui en vertu de la subrogation à l'hypothèque légale[46]. Il en résulte que, malgré l'exercice de la subrogation consentie au profit d'un créancier du mari, la femme conserve, à l'encontre des acquéreurs d'immeubles vendus par celui-ci, le droit de faire valoir, à la date du mariage, son hypothèque légale pour sa dot et ses conventions matrimoniales[47].

La femme qui, en s'obligeant conjointement avec le mari, a subrogé le créancier dans son hypothèque légale, a droit, à raison de cet engagement même, à une indemnité contre le mari, indemnité garantie par l'hypothèque légale, mais à la date seulement de son obligation, et à la condition que cette hypothèque ait été dûment conservée. Art. 2135, n° 2, al. 3.

D'un autre côté, comme le créancier qui a obtenu, à ce titre, une collocation dans un ordre ouvert sur le mari, reçoit des deniers que l'hypothèque légale assurait à la femme, celle-ci est censée l'avoir payé, et se trouve, en vertu de l'art. 1251, n° 3, légalement subrogée aux droits de ce créancier contre les codébiteurs du mari, ainsi qu'aux hypothèques par eux constituées. Et ces hypothèques, elle serait admise à les exercer dans le cas même où elle n'aurait pas conservé son hypothèque légale[48].

[46] Gauthier, *De la subrogation*, nos 587 et 588. La proposition énoncée au texte ne saurait faire difficulté dans notre système, d'après lequel la subrogation n'emporte ni transport, même simplement éventuel, des créances de la femme contre son mari, ni transmission proprement dite de son hypothèque. Mais la théorie qui voit dans la subrogation un transport éventuel des créances de la femme, devrait aboutir à la conclusion contraire. Et c'est effectivement dans ce sens que se prononce M. Bertauld (nos 129 et suiv.). — Si l'hypothèque personnelle du créancier subrogé primait celles des autres créanciers du mari, il devrait être considéré comme n'ayant point usé de la subrogation, et par suite la femme conserverait, vis-à-vis de ces derniers, son rang hypothécaire pour la totalité de ses droits et créances.

[47] Paris, 27 mai 1848, Sir., 49, 2, 283. Cpr. Bourges, 30 juillet 1853, Sir., 55, 2, 586. C'est à tort que M. Bertauld (*op. cit.*, n° 133) invoque cet arrêt comme contraire à notre manière de voir. En effet, dans ses considérants, la Cour de Bourges pose nettement le principe formulé au texte; et si elle en écarte l'application, c'est uniquement parce que la dame Maillet, ayant demandé et obtenu une collocation personnelle et directe, devait être considérée comme ayant été remplie de ses reprises. C'est ce que nous avons nous-mêmes admis au § 264 *ter*, texte n° 6 et note 73, où se trouve cité l'arrêt de Bourges du 30 juillet 1853.

[48] Req. rej., 30 décembre 1844, Sir., 45, 1, 367. Lyon, 4 août 1853 et 11 août 1855, Sir., 55, 2, 30 et 687.

CHAPITRE VI.

Du rang des priviléges et des hypothèques.

§ 289.

Du rang des priviléges sur les meubles.

Le rang des priviléges sur les meubles, établis par des lois spéciales, étant fixé par ces lois elles-mêmes, et se trouvant indiqué au § 263 *bis*, nous nous bornerons à y renvoyer.

Le Code Napoléon est loin de décider explicitement toutes les questions de préférence que peut soulever la collision entre les différents priviléges qu'il établit sur les meubles.

Il fixe le rang respectif des priviléges généraux, en statuant qu'ils s'exercent dans l'ordre d'après lequel l'art. 2101 les énumère.

Il règle également le rang respectif du privilége du locateur en concours, soit avec les créanciers mentionnés à l'al. 4 du nº 1 de l'art. 2102, soit avec le vendeur non encore payé d'objets garnissant la maison ou la ferme louée. Art. 2102, nº 4, al. 3.

Enfin, l'art. 662 du Code de procédure, statuant sur le concours qui peut s'élever entre le locateur et les créanciers pour frais de justice, donne la préférence au premier.

Quant aux autres questions que peut faire naître la collision entre les différents priviléges sur les meubles, elles doivent, en l'absence de textes qui les décident, être résolues par application du principe *Privilegia ex causa æstimantur*, et d'après l'analogie que fournissent les dispositions spéciales qui déterminent le degré de faveur attribué par la loi aux priviléges dont elle fixe expressément le rang.

Cette règle s'applique non-seulement au cas de collision entre des priviléges spéciaux[1], mais encore à celui où des priviléges

[1] Comme l'art. 2102 ne renferme pas de disposition semblable à celle qui se trouve dans le premier alinéa de l'art. 2101, rien n'autorise à s'arrêter, pour le classement des priviléges spéciaux sur les meubles, à l'ordre d'énumération dans lequel ils sont établis. D'ailleurs, ce mode de classement conduirait aux conséquences les plus bizarres. Il en résulterait que le créancier pour frais de conservation, qui est primé par le créancier gagiste, primerait l'aubergiste et le voiturier, qui cependant sont nantis comme le véritable gagiste et jouissent à son instar d'un droit de rétention. La même inconséquence se produirait en ce qui concerne le privilége du vendeur. Voy. cep. Persil, sur les art. 2101 et 2103.

généraux se trouvent en concours avec des priviléges spéciaux [2].

La faveur plus ou moins grande qui s'attache à tel ou tel privilége, doit être appréciée d'après la cause sur laquelle il est fondé.

[2] On ne peut décider la question de préférence entre les priviléges généraux et les priviléges spéciaux sur les meubles par la seule considération de la généralité des uns et de la spécialité des autres, parce que ces caractères ne sont pas la conséquence du plus ou moins de faveur que la loi attache à ces deux classes de priviléges, mais le résultat de la nature même des créances qu'ils sont destinés à garantir. En effet, les créances auxquelles la loi accorde un privilége général, ne se rapportant à aucun objet particulier du patrimoine du débiteur, on ne pouvait y attacher d'autre sûreté qu'un privilége portant sur l'ensemble de ce patrimoine. A l'inverse, il eût été peu rationnel d'accorder un privilége général à des créances qui, se rattachant à des objets particuliers, ne doivent par cela même être privilégiées que sur ces objets. En prenant collectivement les priviléges généraux et les priviléges spéciaux pour les opposer classe à classe, on rencontre d'ailleurs des objections également insolubles, de quelque manière qu'on résolve la question de préférence. Le système qui accorde la primauté aux priviléges généraux, à raison de leur généralité même, heurte de front la disposition de l'art. 2073 du Code Napoléon, et plus manifestement encore celles des art. 661 et 662 du Code de procédure. Voy. cep. dans le sens de cette opinion : Tarrible, *Rép.*, v° Privilége, section III, § 1 ; Maleville, sur l'art. 2102 ; Delvincourt, III, p. 277 à 279 ; Favard, *Rép.*, v° Privilége, section III, § 1 ; Grenier, II, 298 ; Troplong, I, 74 ; Pont, n° 178 ; Chauveau sur Carré, *Quest.*, 2177 ; Zachariæ, § 290, texte et note 1 ; Jay, *Revue critique*, 1852, II, p. 116 ; Le Menuet, même *Revue*, 1855, VII, p. 66 ; Limoges, 15 juillet 1813, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 342 ; Rouen, 12 mai 1828, *ibid.*, IX, 2, 79 ; Poitiers, 30 juillet 1830, *ibid.*, IX, 2, 478 ; Rouen, 30 janvier 1851, Sir., 51, 2, 281 ; Bordeaux, 12 avril 1853, Sir., 53, 2, 444. Le système qui, par une application fort singulière de la règle *In toto jure, generi per speciem derogatur*, donne la préférence aux priviléges spéciaux, conduirait forcément à préférer indistinctement tous les priviléges spéciaux, même aux frais de justice, alors cependant que ces frais profitent d'ordinaire à tous les créanciers, et que l'art. 662 du Code de procédure autorise le prélèvement des frais de distribution avant toute créance autre que celle pour loyers. Voy. cep. dans le sens de ce système : Persil, sur l'art. 2101 *in fine ;* Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Privilége, n^os^ 197 et 198 ; Valette, n° 119 ; Sevin, *Revue critique*, 1860, XVI, p. 502 ; Paris, 27 novembre 1814, Sir., 16, 2, 205 ; Rouen, 17 juin 1826, Sir., 27, 2, 5 ; Paris, 25 février 1832, Sir., 32, 2, 299 ; Req. rej., 20 mars 1849, Sir., 50, 1, 106. Notre opinion, d'après laquelle il faut, pour classer les priviléges généraux en concours avec des priviléges spéciaux, les comparer un à un, se rapproche de la théorie que M. Demante a développée dans la *Thémis* (VI, p. 130 et 248) et dont le résumé se trouve au *Programme de son cours* (III, 926 et suiv.). Elle a été tout récemment consacrée par la Chambre civile de la Cour de cassation (Civ. rej., 19 janvier 1864, Sir., 64, 1, 60). Voy. également dans ce sens : Duranton, XIX, 203 ; Taulier, VII, p. 192.

Tous les priviléges sur les meubles, établis par le Code Napoléon, peuvent se rattacher à l'une des cinq causes suivantes :

1° Constatation et conservation de la masse commune, réalisation de cette masse, et distribution du prix en provenant.

2° Propriété censée retenue jusqu'à certain point, tant que celui qui a aliéné une chose à titre onéreux, n'en a pas encore touché le prix.

3° Conservation d'une chose particulière.

4° Détention de bonne foi résultant d'un nantissement exprès ou tacite.

5° Motifs d'humanité ou d'ordre public.

La première de ces causes doit assurer au créancier en faveur duquel elle milite, la préférence sur tous les autres. Celui qui avance des frais dans l'intérêt d'une masse à distribuer, gérant utilement l'affaire de tous les créanciers de cette masse, doit être payé par chacun d'eux dans la proportion de ce qu'ils toucheront par suite de la distribution, et ce remboursement s'effectue de la manière la plus simple par voie de prélèvement sur l'ensemble des sommes à distribuer.

Toutefois ce motif de préférence n'existe, dans toute son étendue, que pour les frais de justice avancés dans l'intérêt commun de tous les créanciers. Si, parmi les créanciers, il s'en trouve un dont le privilége soit susceptible d'être réalisé indépendamment de l'une ou de plusieurs des opérations faites dans l'intérêt des autres créanciers, les frais de ces opérations ne doivent pas être prélevés sur le prix des objets affectés à son privilége[3]. Cette exception, que l'art. 662 du Code de procédure consacre spécialement au profit du locateur, s'applique à tous les priviléges fondés sur un nantissement exprès ou tacite[4].

La faveur de la propriété semblerait devoir faire assigner le second rang au vendeur d'objets mobiliers, resté créancier du prix de vente.

Mais l'art. 2102, n° 4, al. 3, en disposant expressément que le privilége du vendeur ne s'exerce qu'après celui du locateur, à moins que ce dernier n'ait su que le prix des objets apportés dans la ferme ou dans la maison louée était encore dû, donne clairement à entendre qu'en fait de meubles, la faveur due à la propriété doit fléchir, non-seulement devant la possession *animo domini*,

[3] Voy. les autorités citées aux notes 7 et 8 du § 260.

[4] Cpr. aussi Code de commerce, art. 461.

mais même devant une simple détention de bonne foi, fondée sur un nantissement exprès ou tacite. Il en résulte que la disposition précitée doit être étendue aux priviléges du gagiste, du voiturier, de l'aubergiste, et du créancier pour faits de charge[5].

D'un autre côté, l'art. 2105 fait marcher tous les priviléges généraux énumérés en l'art. 2101, avant le privilége du vendeur d'un immeuble; et cette disposition s'applique, par identité de raison, au vendeur d'objets mobiliers.

Enfin, le vendeur est également primé par celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose vendue, puisque ces frais ont tourné à son profit.

D'après des raisons identiques ou analogues à celles qui ont été indiquées plus haut, le conservateur d'une chose particulière qui prime le vendeur est, comme ce dernier et sous les mêmes conditions, primé par le locateur, le gagiste, l'aubergiste et le voiturier, ainsi que par les créanciers ayant un privilége général. Toutefois si, depuis l'établissement du nantissement, la chose qui en fait l'objet avait reçu des réparations, dont les frais fussent encore dus, ces frais primeraient le privilége du locateur, ou de tout autre créancier nanti.

Le rang des priviléges spéciaux fondés sur un nantissement exprès ou tacite, en concours avec d'autres priviléges spéciaux, est suffisamment déterminé par les observations qui précèdent.

Il en est de même du rang des priviléges généraux, établis par les quatre derniers numéros de l'art. 2101, en tant qu'ils se trouvent en collision avec des priviléges spéciaux autres que ceux qui résultent d'un nantissement exprès ou tacite.

Quant à la question de savoir si les motifs d'humanité et d'ordre public qui ont fait admettre des priviléges généraux, sont de nature à prévaloir sur la faveur attachée, en fait de meubles, à la détention de bonne foi, elle doit être résolue négativement. Le droit accordé au locateur de faire statuer par voie de référé sur son privilége, et la préférence qui lui est attribuée même sur les frais de distribution par les art. 661 et 662 du Code de procédure, démontrent qu'il a été dans l'intention du législateur de lui donner le pas sur tous les autres priviléges généraux, qui sont eux-mêmes primés par les frais de justice; et l'on doit, par analogie, accorder

[5] Le cautionnement à fournir par certains fonctionnaires publics est un véritable gage déposé au Trésor dans l'intérêt des créanciers éventuels pour faits de charge. Cpr. art. 2076.

la même préférence à tous les créanciers nantis[6]. Néanmoins, comme les frais funéraires profitent au locateur ou à l'aubergiste, lorsque le débiteur est mort chez eux, ces derniers se trouvent dans ce cas primés par ceux auxquels ces frais sont dus.

D'après les principes qui viennent d'être développés, les créanciers auxquels compètent des priviléges spéciaux sur des meubles, doivent, lorsqu'ils sont en concours entre eux, être classés dans l'ordre suivant :

1° Le créancier dont le privilége est fondé sur un nantissement exprès ou tacite.

2° Le conservateur de la chose.

3° Le vendeur.

Toutefois, le créancier nanti sera primé par le conservateur de la chose et par le vendeur, s'il est prouvé qu'il avait, lors de l'établissement du nantissement, connaissance de la cause de préférence qui militait en faveur de ces derniers. D'un autre côté, le créancier nanti sera également primé par le conservateur de la chose, si les frais de conservation n'ont été faits que postérieurement à l'établissement du nantissement.

Lorsque le concours s'établit entre des priviléges généraux et des priviléges spéciaux, leur rang respectif doit être fixé ainsi qu'il suit :

1° Le privilége des frais de justice. Il prime d'une manière absolue ceux du vendeur et du créancier pour frais de conservation. Il prime pareillement lès priviléges fondés sur le nantissement, mais avec cette restriction que le créancier nanti n'étant pas tenu de supporter la partie des frais de justice dont il n'a pas profité, est préféré, quant à ses frais, à ceux auxquels ils sont dus.

2° Les différents priviléges fondés sur le nantissement, sous la réserve de la double modification indiquée ci-dessus.

3° Les priviléges généraux autres que celui des frais de justice.

4° Le privilége pour conservation d'une chose particulière.

5° Le privilége pour prix de vente.

Le conservateur et le vendeur qui primeraient par exception

[6] Une considération qui nous paraît décisive en faveur de la proposition énoncée au texte, c'est que tous les créanciers nantis jouissent, à l'instar du créancier gagiste, d'un droit de rétention qui leur permet de s'opposer, tant qu'ils n'ont pas été complétement satisfaits, aux poursuites de tous les autres créanciers. Cpr. Code de commerce, art. 95, 106, 547 et 548. Civ. rej., 19 janvier 1864, Sir., 64, 1, 60.

un créancier nanti, ne pourraient s'autoriser de cette circonstance pour réclamer la priorité sur ceux des priviléges généraux qui seraient eux-mêmes primés par le privilége du créancier nanti. Ils ne doivent, même dans ce cas, être colloqués qu'après les priviléges généraux, sauf à prélever le montant de leurs créances sur la collocation qu'obtiendra le créancier nanti, lequel, à son tour, profitera de celle qui leur sera attribuée.

Les diverses créances qui, jouissant d'un privilége établi par la même disposition, se trouvent au même rang, viennent en concurrence, sans qu'il y ait lieu d'établir entre eux un nouvel ordre de préférence[7]. Art. 2097. Art. 2101, n° 3, et arg. de cet article.

C'est ainsi que les différents créanciers, soit pour frais de justice, soit pour frais funéraires, viennent à rang égal. Il en est de même des créanciers pour frais de semences en concours avec des créanciers pour frais de récolte. Cpr. art. 2102, n° 1, al. 4.

§ 290.

Du rang des priviléges sur les immeubles.

Les priviléges spéciaux sur les immeubles peuvent se trouver en concours, non-seulement entre eux, mais encore avec des priviléges qui s'exercent sur la généralité des meubles et des immeubles, ou avec des hypothèques.

La double question que soulèvent ces deux derniers cas de collision, est résolue par des dispositions expresses de la loi.

Ainsi, aux termes de l'art. 2105, les priviléges portant sur la généralité des meubles et des immeubles sont, en cas d'insuffisance de la masse mobilière, préférés, dans la masse immobilière, aux priviléges spéciaux sur les immeubles, et à plus forte raison aux simples hypothèques.

D'un autre côté, d'après l'art. 2095, les priviléges spéciaux sur les immeubles, dûment conservés comme tels[1], priment les hypothèques, bien que les formalités prescrites pour leur conserva-

[7] C'est à tort que la Cour de Paris (7 mars 1824, Sir., 25, 2, 193) a cru devoir établir une classification particulière entre plusieurs créanciers pour frais de justice.

[1] La règle posée au texte ne s'applique pas aux priviléges dégénérés en simples hypothèques, faute d'avoir été conservés comme tels dans le délai fixé à cet effet par la loi. Cpr. sur la conservation des priviléges : § 278.

tion n'aient été remplies que postérieurement à l'époque à laquelle remonte le rang des hypothèques avec lesquelles ils se trouvent en concours [2].

Cette règle s'applique même au privilége des architectes, entrepreneurs et ouvriers en concours avec des hypothèques inscrites antérieurement au commencement des travaux. Mais elle souffre exception au cas où le concours s'établit avec des hypothèques inscrites depuis le commencement des travaux, en ce sens qu'au regard de ces hypothèques, le privilége ne prend rang qu'à la date de l'inscription du premier procès-verbal exigé par l'art. 2110 [3].

Pour ce qui est du concours qui peut s'établir entre les différents priviléges spéciaux sur des immeubles, il est à remarquer que les cinq priviléges énumérés par l'art. 2103 se réduisent en réalité à trois, puisque les bailleurs de fonds dont s'occupent les nos 2 et 5 de cet article, ne peuvent, à moins de convention contraire, réclamer la priorité sur les créanciers payés en partie seulement au moyen des fonds qu'ils ont fournis [4], et que, d'un autre côté, ils se trouvent placés sur la même ligne que ces derniers au regard des autres créanciers.

En cas de plusieurs ventes successives du même immeuble, le premier vendeur est préféré au second, le second au troisième, et ainsi de suite. Art. 2103, n° 1, al. 2.

De même, au cas de concours du privilége du vendeur avec celui du copartageant, la prééminence de l'un sur l'autre se détermine par la priorité de la vente ou du partage.

Le privilége des architectes, entrepreneurs et ouvriers, qui ne porte que sur la mieux-value résultant des constructions ou réparations, doit, quant à cette mieux-value, l'emporter sur le privilége du vendeur et sur celui du copartageant.

[2] L'art. 2106 porte, à la vérité, que les priviléges ne produisent d'effet entre les créanciers qu'autant qu'ils sont inscrits, *et à compter de la date de cette inscription ;* mais il ajoute immédiatement que cette règle est sujette à certaines exceptions résultant des art. 2107 et suiv. Nous nous bornerons à renvoyer au § 278, où ces exceptions ont été expliquées en détail.

[3] Voy. sur ces deux propositions : § 278, texte n° 4, notes 29 et 30.

[4] Arg. art. 1252.

§ 291.

Du rang des hypothèques.

Le rang des hypothèques se détermine, non comme celui des priviléges *ex causa*, mais *ex tempore*, et l'après la règle *Potior tempore, potior jure.* Il est fixé, quant aux hypothèques soumises à l'inscription, par la date respective des inscriptions prises pour les rendre efficaces à l'égard des tiers. Art. 2134. Il est réglé, en ce qui concerne les hypothèques légales dispensées d'inscription, par les dispositions de l'art. 2135, qui indique les diverses époques auxquelles en remonte l'effet[1].

L'inscription prise à raison d'une hypothèque générale soumise à cette formalité, fixe le rang de l'hypothèque, non-seulement par rapport aux immeubles que le débiteur possédait au moment où elle a été effectuée, mais encore à l'égard de ceux qu'il a acquis ultérieurement[2].

La même règle s'applique aux hypothèques légales dispensées d'inscription en ce sens, qu'entre deux hypothèques de cette nature, c'est à celle qui se trouve être la première en date qu'est due la préférence, même sur les immeubles que le débiteur n'a acquis que postérieurement à la naissance de la seconde[3].

Mais la règle ci-dessus posée est étrangère à l'hypothèque conventionnelle constituée, en conformité de l'art. 2130, sur les biens présents et à venir du débiteur.

Cette hypothèque ne prend rang, quant aux immeubles nouvel-

[1] Voy. pour l'explication détaillée de cet article : 264 *bis*, texte nº 5 ; 264 *ter*, texte nº 6.

[2] Cpr. § 265. Grenier, I, 52. Pont, nºs 599 et 732. Lyon, 18 février 1829, Sir., 29, 2, 229. Caen, 5 avril 1856, Sir., 57, 2, 63. Voy. en sens contraire : Persil, *Reg. hyp.*, sur l'art. 2121, nº 7 ; Delvincourt, III, p. 318 et suiv. ; Duranton, XIX, 325. L'opinion de ces derniers auteurs est le résultat d'une confusion entre la question de savoir à partir de quelle époque l'immeuble nouvellement acquis se trouve grevé de l'hypothèque, et celle de savoir d'après quelle donnée doit se régler la préférence sur cet immeuble entre les créanciers auxquels il se trouvera définitivement affecté. Or, bien que l'hypothèque sur des biens à venir soit subordonnée au fait de leur acquisition, elle n'en confère pas moins au créancier un droit éventuel auquel s'applique la règle *Potior tempore, potior jure.* Telle est aussi la solution qui ressort de la combinaison des art. 2122 et 2134.

[3] De Freminville, *De la minorité*, II, 1149. Voy. en sens contraire : Duranton, *loc. cit.*

lement acquis, qu'à la date des inscriptions spéciales prises depuis leur acquisition, et se trouve ainsi primée sur ces immeubles, non-seulement par les hypothèques conventionnelles ou judiciaires précédemment inscrites, mais encore par les hypothèques légales dont l'effet remonte à une époque antérieure[4].

L'hypothèque consentie sous une condition suspensive, prend rang du jour de l'inscription, et non pas seulement du jour où la condition s'est réalisée[5].

C'est également la date de l'inscription qui détermine le rang d'une hypothèque constituée pour sûreté d'une créance éventuelle ou conditionnelle, quelle que soit l'époque à laquelle l'obligation sera devenue certaine par l'accomplissement de la condition. Cette proposition s'applique, en particulier, à l'hypothèque fournie pour garantie d'une ouverture de crédit[6].

Les hypothèques inscrites le même jour viennent toutes par concurrence et au même rang, sans qu'on doive établir entre elles aucune préférence en raison de l'ordre des inscriptions. Art. 2147. Il n'y a, sous ce rapport, aucune distinction à faire, ni entre les hypothèques générales et les hypothèques spéciales, ni entre les hypothèques ordinaires et les hypothèques légales soumises à l'inscription, ou les priviléges dégénérés en hypothèques faute d'avoir été conservés comme tels[7].

La même règle s'applique au concours de plusieurs hypothèques légales dispensées d'inscription, dont l'effet remonte au même jour. Elle s'applique également au concours de pareilles hypothèques avec des hypothèques soumises à l'inscription, lorsque ces dernières ont été inscrites le jour auquel remonte l'effet des premières.

[4] Persil, sur l'art. 2130, n° 5. Grenier. I, 62. Troplong, II, 540. Duranton, XIX, 325 et 379. Pont, n° 685. Paris, 23 février 1835, Sir., 35, 2, 209. Poitiers, 23 février 1844, Sir., 45, 2, 213. Civ. cass., 27 avril 1846, Sir., 46, 1, 369. Grenoble, 17 février 1847, Sir., 48, 2, 55. Voy. en sens contraire : Favard, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, n° 10; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Hypothèque, n° 282; Angers, 14 juillet 1842, Sir., 43, 2, 469.

[5] Arg. art. 1179. Agen, 3 janvier 1844, Sir., 45, 2, 405.

[6] Cpr. § 266, texte n° 4 et note 66.

[7] Troplong, II, 664. Pont, nos 735 et 736. Voy. en sens contraire : Grenier, I, 88.

CHAPITRE VII.

De l'extinction des priviléges et des hypothèques.

I. *Des modes d'extinction communs aux hypothèques et aux priviléges, soit sur les meubles, soit sur les immeubles.*

§ 292.

1° Les priviléges sur les meubles ou sur les immeubles, ainsi que les hypothèques, s'éteignent par l'extinction de l'obligation principale. Art. 2180, n° 1. Cpr. art. 1234.

Cette proposition s'applique notamment à l'extinction résultant, soit d'un jugement qui a déclaré bonne et valable la consignation faite par le débiteur [1], soit de la compensation [2], soit de la novation [3].

La novation que suppose la dation en paiement, éteint d'une manière définitive, sauf réserve contraire, les priviléges et hypothèques attachés à l'ancienne créance.

Ces priviléges et hypothèques ne renaîtraient pas dans le cas même où le créancier viendrait à être évincé de la chose qu'il a reçue en paiement [4].

[1] Art. 1263. Cpr. § 322, texte *in fine*, et note 37.

[2] Art. 1299. Cpr. § 329, texte, notes 5 et 6. Voy. cep. la disposition finale de l'art. 1299, et § 329, texte et note 11.

[3] Art. 1278 à 1280. Voy. l'explication de ces articles au § 324, texte n° 5.

[4] Arg. art. 2038. Cpr. § 324, texte n° 4, notes 35 et 37; § 429, texte et note 1. Grenier, II, 501. Voy. en sens contraire: Troplong, IV, 847 et suiv.; Martou, IV, 1336; Pont, n° 1230. Ces auteurs, se fondant sur l'autorité de Domat (*Lois civiles*, liv. III, tit. I, sect. VII, n° 6), enseignent que la *datio in solutum* n'opère qu'une extinction conditionnelle, subordonnée à la translation effective de la propriété de l'objet donné en paiement, et doit, par conséquent, être considérée comme non avenue en cas d'éviction de cet objet. Le législateur aurait pu le décider ainsi, bien qu'en principe l'effet extinctif de la novation soit indépendant des événements ultérieurs par suite desquels le créancier peut rester à découvert. Mais ce qui prouve qu'il n'a pas entendu s'écarter de ce principe pour le cas spécial qui nous occupe, c'est la disposition de l'art. 2038, qui repose évidemment, ainsi que l'ont expliqué les orateurs du gouvernement et du Tribunat, sur cette idée que l'éviction de l'objet reçu en paiement ne fait pas renaître l'ancienne obligation, définitivement éteinte par la novation, mais peut seulement ouvrir, au profit du créancier, une nouvelle action à laquelle ne

La novation extinctive des priviléges et des hypothèques peut, indépendamment des causes qui ont été indiquées au § 324, résulter de la circonstance que le débiteur hypothécaire, après reddition de compte ou liquidation des droits du créancier, est laissé, à titre d'usufruitier des biens de ce dernier, en possession de la créance à laquelle était attaché le privilége ou l'hypothèque[5].

La confusion ayant plutôt pour effet de neutraliser l'exercice de l'action attachée à la créance que d'éteindre définitivement cette dernière, on doit en conclure que quand la cause qui avait produit la confusion, vient à disparaître rétroactivement, la créance est à considérer comme ayant toujours subsisté avec ses priviléges et hypothèques[6]. Il est toutefois à remarquer que si l'inscription avait été rayée ou n'avait pas été renouvelée en temps utile, le rang du créancier ne se trouverait plus fixé que par la nouvelle inscription qu'il aurait prise.

La collocation, même pure et simple, obtenue dans un ordre, n'équivaut pas à paiement, et n'éteint par conséquent pas le privilége ou l'hypothèque, qui continue de subsister avec tous ses effets tant que le créancier n'est pas effectivement payé[7]. Il suit de là que le créancier peut, en renonçant au bénéfice de sa collocation, poursuivre le paiement de ce qui lui est dû sur les autres biens de son débiteur[8]. Il en résulte également que, tout en se réservant le bénéfice de la collocation par lui obtenue, il est autorisé à demander, pour le cas où il n'obtiendrait pas le paiement de son bordereau, une collocation éventuelle dans un nouvel ordre ouvert sur le débiteur[9].

Nous terminerons nos observations sur ce premier mode d'extinction des priviléges et des hypothèques, en rappelant que le

passent pas les accessoires de la créance originaire. Voy. Locré, *Lég.*, XV, p. 330, nº 24, p. 349, nº 27, p. 388, nº 30. Nous ferons, au surplus, remarquer que les auteurs qui se sont prononcés en sens contraire ont complétement perdu de vue la disposition de l'art. 2038, et qu'aucun d'eux n'a cherché à réfuter l'argument décisif qu'il fournit.

[5] Cpr. sur ce cas de novation : § 264 *ter*, texte, et note 76; Martou, IV, 1334.

[6] Cpr. § 330, texte *in fine*, et note 9. Martou, IV, 1336.

[7] En effet, une pareille collocation n'est qu'une indication de paiement, dont l'acceptation n'entraîne aucune novation. Art. 1277, al. 1, cbn. 1275. Voy. les arrêts cités aux deux notes suivantes.

[8] Civ. cass., 28 mai 1808, Sir., 8, 1, 291. Civ. cass., 25 février 1839, Sir., 39, 1, 296. Civ. cass., 18 décembre 1854, Sir., 55, 1, 247. Bourges, 11 juin 1855, Sir., 55, 2, 636.

[9] Paris, 25 avril 1838, Sir., 39, 2, 81. Cpr. Paris, 31 août 1815, Sir., 16, 2, 12.

paiement du reliquat d'un compte de tutelle n'éteint pas d'une manière définitive l'hypothèque légale du ci-devant pupille, qui continue de subsister pour tous les redressements de compte qu'il aurait à faire valoir[10].

2° De même que les priviléges et hypothèques s'éteignent par l'extinction de l'obligation principale, de même aussi ils s'éteignent par la prescription de l'action personnelle du créancier, à laquelle ils ne peuvent jamais survivre[11]. Art. 2180, n° 4, al. 1er et 2.

Aux termes de l'art. 2225, les autres créanciers du débiteur et les tiers acquéreurs de ses biens sont en droit de se prévaloir de cette prescription, alors même que ce dernier y a renoncé. Toutefois, s'il s'agissait d'une prescription de courte durée, fondée sur une présomption de paiement, le créancier auquel on l'opposerait serait autorisé à déférer au débiteur ou à ses représentants le serment dont il est parlé en l'art. 2275[12].

La circonstance que la prescription de l'action hypothécaire aurait été interrompue contre le tiers détenteur, ne le priverait pas de la faculté d'invoquer la prescription de l'action personnelle qui s'est accomplie au profit du débiteur principal[13].

Indépendamment de l'extinction de l'obligation principale, et de la prescription de l'action personnelle du créancier, les priviléges et hypothèques s'éteignent encore :

3° Par la perte totale de la chose grevée.

Lorsqu'un bâtiment hypothéqué vient à être incendié, l'hypothèque continue de subsister sur le sol. Mais, sauf le cas de cession anticipée de l'indemnité à payer par la Compagnie d'assurances, les créanciers hypothécaires n'ont aucun droit de préfé-

[10] Voy. sur ce point : § 264 *bis*, texte n° 6, notes 31 et 32.

[11] D'après la loi 7, C. *de præscrip.*, *XXX*, *v. XL ann.* (7, 39), qui était généralement admise dans notre ancien Droit, l'action personnelle hypothécaire contre le débiteur ou ses héritiers ne se prescrivait que par quarante ans, et survivait ainsi à l'action purement personnelle, alors du moins qu'il s'agissait d'une hypothèque conventionnelle. Pothier, *De l'hypothèque*, chap. III, § 6. Le second alinéa du n° 4 de l'art. 2180 a eu pour objet de faire disparaître cette singularité juridique, et l'exception qu'elle apportait à la règle *Accessorium sequitur principale*. Voy. spécialement sur l'extinction de l'hypothèque légale du mineur par la prescription de son action en reddition de compte : Grenoble, 30 juin 1838, Sir., 39, 2, 106.

[12] Voy. § 260, texte *in fine*, et note 34.

[13] Voy. § 215, texte lett. C, n° 1, et note 52. Pont, n° 1253.

rence à exercer sur cette indemnité, qui se distribue comme valeur mobilière [14].

4° Par la résolution *ex tunc* du droit de propriété de celui du chef duquel procédait le privilége ou l'hypothèque. Art. 2125 et arg. de cet article [15].

5° Par la renonciation du créancier.

La renonciation au privilége ou à l'hypothèque, qui n'est en général soumise à aucune forme spéciale [16], et dont l'efficacité est indépendante de l'acceptation de ceux auxquels elle doit profiter [17], peut être expresse ou tacite.

La question de savoir si le concours du créancier à l'aliénation de l'immeuble qui lui est affecté ou à une nouvelle constitution d'hypothèque sur cet immeuble, implique de sa part renonciation à son privilége ou à son hypothèque, doit, comme question de fait et d'intention, être décidée d'après les circonstances particulières de chaque espèce [18].

Il en est de même de la question de savoir quelles sont les personnes admises à se prévaloir d'une pareille renonciation. Cependant on doit, en général, admettre que le créancier qui a concouru à l'aliénation de l'immeuble hypothéqué, n'a entendu renoncer à son hypothèque que dans l'intérêt de l'acquéreur, et non au profit d'autres créanciers hypothécaires [19]. On doit de même reconnaître, en principe, que le concours du créancier à une nouvelle affectation hypothécaire, n'a d'influence que sur son rang d'hypothèque,

[14] L'indemnité due par la compagnie d'assurances, en cas du sinistre, ne constitue pas un prix représentatif de l'immeuble incendié, mais une simple créance résultant du contrat d'assurances, et formant la contre-valeur aléatoire de la prime payée par l'assuré. Cpr. § 634, texte et note 11. Duranton, XX, 328. Troplong, IV, 890. Alauzet, *Des assurances*, I, 145. Pont, n° 698. Civ. cass., 28 juin 1831, Sir., 31, 1, 291. Grenoble, 27 février 1834, Sir., 34, 2, 367. Voy. en sens contraire : Colmar, 25 août 1826, Sir., 28, 2, 17.

[15] Voy. aussi art. 865, 929, 954, 963 et 1673. Cpr. § 220 *bis*. Voy. cep. : art. 952, et § 700, texte, notes 18 et 19 ; art. 1054 et § 696, texte n° 3, notes 58 à 62.

[16] Pont, n° 1235. Paris, 13 avril 1854, Sir., 54, 2, 336. Voy. cependant en ce qui concerne la renonciation de la femme à son hypothèque légale : Loi du 23 mars 1855, art. 9 ; § 288 *bis*, texte et note 15.

[17] Voy. pour la justification de cette proposition la note 43 du § 234, et les autorités qui s'y trouvent citées.

[18] Grenier, II, 505 et 508. Troplong, IV, 869. Martou, IV, 1340. Pont, n° 1237. Cpr. Paris, 25 janvier 1812, Sir., 12, 2, 252.

[19] Cpr. § 288 *bis*, texte n° 2 et notes 6 à 8.

et à concurrence seulement du montant de la créance pour sûreté de laquelle cette affectation a été consentie [20].

La renonciation à une inscription hypothécaire n'emporte pas, en général, renonciation à l'hypothèque elle-même [21].

II. *Des modes d'extinction particuliers aux priviléges sur les immeublés et aux hypothèques.*

§ 293.

Les priviléges sur les immeubles et les hypothèques s'éteignent :

1° Par la prescription de l'action hypothécaire, accomplie au profit d'un tiers détenteur, non personnellement obligé à la dette [1].

Cette prescription, quoique extinctive de sa nature [2], exige, comme l'usucapion, la condition d'une possession réunissant les caractères déterminés par l'art. 2229.

Elle s'accomplit au bout de trente ans en vertu de cette possession même, sans autre condition, et par dix à vingt ans, lorsque le tiers détenteur a acquis, par juste titre et de bonne foi, l'immeuble grevé d'hypothèque. Art. 2180, n° 4, al. 3.

Entièrement distincte de l'usucapion de la propriété, la prescription dont il s'agit n'est pas subordonnée à l'accomplissement de cette usucapion, et n'en est pas une conséquence nécessaire [3].

La bonne foi, requise en cette matière pour la prescription de dix à vingt ans, consiste dans l'ignorance des charges hypothécaires dont l'immeuble acquis se trouve grevé [4].

[20] Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. I, § 13, n° 5 *in fine*. Delvincourt, III, p. 384. Persil, sur l'art. 2180, n° 26. Grenier, II, 508. Troplong, IV, 871. Pont, n° 1238. Bordeaux, 17 mars 1830, Sir., 30, 2, 326.

[21] Cpr. § 281, texte, notes 33 à 36.

[1] Req. rej., 11 mai 1863, Sir., 64, 1, 357.

[2] Cpr. § 210, note 2.

[3] Si l'art. 2280, n° 4, al. 3, porte que la prescription de l'hypothèque est acquise au tiers détenteur *par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit*, il ne faut pas en conclure que cette prescription se confonde avec l'usucapion de la propriété. Les expressions qui viennent d'être reproduites n'ont d'autre but que d'assimiler ces deux prescriptions, sous le rapport du temps requis pour leur accomplissement. Cette interprétation est d'autant moins contestable qu'il ne peut être question de l'usucapion de la propriété lorsque, comme cela arrive le plus souvent, le tiers détenteur a acquis l'immeuble grevé du véritable propriétaire. Persil, sur l'art. 2180, n° 39. Grenier, II, 510. Troplong, IV, 878. De Fréminville, *Des minorités*, I, p. 468. Pont, n° 1254.

[4] Suivant M. Duranton (XX, 315) la connaissance de l'existence des charges hy-

Le tiers détenteur est donc à considérer comme ayant été de mauvaise foi lorsqu'il a connu positivement l'existence de ces charges, n'importe de quelle manière il en a obtenu connaissance[5].

Il suffit, comme pour l'usucapion de la propriété, que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition. Art. 2269. D'un autre côté, la bonne foi est toujours présumée en faveur du tiers détenteur; et c'est aux créanciers hypothécaires qui allèguent sa mauvaise foi à la prouver. Art. 2268.

L'existence d'inscriptions hypothécaires ne suffit pas à elle seule, pour faire considérer le tiers détenteur comme ayant été de mauvaise foi[6]. Il y a mieux, si la connaissance par ce dernier, lors de son acquisition, de l'existence d'inscriptions, élève contre lui une présomption de mauvaise foi, il est cependant admis à la combattre en justifiant que, malgré cette circonstance, il avait des raisons plausibles de croire à l'invalidité ou à l'extinction des droits hypothécaires formant l'objet de ces inscriptions[7].

pothécaires ne formerait point obstacle à la prescription de dix à vingt ans en faveur du tiers détenteur qui aurait acquis l'immeuble grevé en vertu d'un titre translatif de propriété. Mais cette opinion isolée est évidemment erronée. Bourges, 31 décembre 1830, Sir., 31, 2, 266. Bourges, 17 avril 1839, Sir., 39, 2, 449. Voy. aussi les autorités citées aux notes suivantes.

[5] Pothier, *Des hypothèques*, chap. III, § 6. Troplong, IV, 879 à 881. Pont, nº 1250. Voy. en sens contraire: Delvincourt, III, p. 386 *in fine*; Grenier, II, 515. Ces auteurs estiment que le tiers détenteur n'est à considérer comme étant de mauvaise foi qu'autant que son acte d'acquisition déclare expressément les hypothèques dont l'immeuble se trouve grevé.

[6] Si toute personne peut, en se faisant délivrer un certificat hypothécaire, se procurer la connaissance des inscriptions dont un immeuble est grevé, il n'en résulte pas nécessairement que le tiers détenteur ait usé de cette faculté et qu'il ait ainsi obtenu connaissance des charges hypothécaires. Grenier, II, 514. Troplong, IV, 880. Pont, nº 1250. Caen, 22 août 1821, Sir., 31, 2, 266. Bourges, 31 décembre 1830, Sir., 31, 2, 265. Riom, 19 avril 1837, Sir., 39, 2, 381.

[7] Troplong, IV, 882. Dalloz, *Jur. gén.*, vº Priviléges et Hypothèques, nº 2507. Cpr. Caen, 26 août 1825, Sir., 28, 2, 251. Voy. cep. Bourges, 31 décembre 1830, Sir., 31, 2, 265; Bordeaux, 15 janvier 1835, Sir., 35, 2, 248. Ces arrêts semblent admettre que, même dans l'hypothèse indiquée au texte, le tiers détenteur doit toujours être présumé de bonne foi et par suite dispensé de toute justification, par cela seul *qu'il a pu croire* que les inscriptions étaient devenues sans objet. Mais le maintien même des inscription a dû lui faire supposer le contraire, ou tout au moins élever dans son esprit un doute qui ne lui permet pas de se dire de bonne foi, à moins de justifier, par des raisons plausibles, *qu'il a réellement cru* à l'invalidité ou à l'extinction des droits hypothécaire révélés par les inscriptions. Cpr. § 218, texte et note 25.

Mais il ne pourrait, pour établir sa bonne foi, se prévaloir de la croyance où il était que le vendeur dégagerait l'immeuble par lui acquis en payant les créanciers hypothécaires [8].

La prescription de l'hypothèque étant dirigée contre le créancier hypothécaire, et non contre le propriétaire de l'immeuble grevé, il en résulte :

a. Que le cours n'en est suspendu que par des causes de suspension, personnelles au créancier hypothécaire [9].

b. Que pour appliquer les dispositions des art. 2265 et 2266 sur le temps au bout duquel s'accomplit la prescription par dix à vingt ans, on doit prendre en considération le domicile du créancier hypothécaire [10].

La prescription de l'hypothèque est interrompue, soit par l'interruption de la possession [11], soit par la sommation de payer ou de délaisser signifiée au tiers détenteur [12], ou par l'action en déclaration d'hypothèque dirigée contre lui [13], soit enfin par une reconnaissance formelle de sa part des droits du créancier hypothécaire. Art. 2248.

Mais les inscriptions, prises ou renouvelées par le créancier, n'ont pas pour effet d'interrompre la prescription de l'hypothèque. Art. 2180, n° 4, al. 4. Cette prescription n'est pas même interrompue par la notification faite à la requête du tiers détenteur, conformément aux art. 2183 et 2184 [14].

A la différence de l'usucapion de la propriété par dix à vingt ans, la prescription de l'hypothèque, par le même laps de temps,

[8] Troplong, IV, 880 *bis* et 881. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 385; Grenier, II, 514.

[9] En vertu du n° 2 de l'art. 2256, la prescription de l'hypothèque légale de la femme est suspendue pendant le mariage. Bordeaux, 29 novembre 1833, Sir., 34, 2, 247. — Mais la circonstance que la créance hypothécaire se trouverait soumise à un terme ou à une condition ne formerait point obstacle au cours de la prescription. *Non obstat*, art. 2157 : Cpr. § 214, texte, notes 14 et 21. Outre les autorités citées en faveur de notre opinion dans ces deux notes voy. encore : Troplong, *Des hypothèques*, IV, 886, et *De la transcription*, II, 791 ; Duranton, XX, 312 ; Pont, n° 1255 ; Caen, 23 mars 1847, Sir., 48, 2, 760.

[10] Merlin, *Rép.*, v° Radiation, § 8. Persil, sur l'art. 2180, n° 39. Troplong, IV, 878. Pont, n° 1254.

[11] Arg. art. 2180, n° 4, cbn. 2229 et 2243. Cpr. § 215, texte n° 2.

[12] Cette sommation tient lieu de commandement à l'égard du tiers détenteur. Arg. art. 2169 cbn. 2176 et 2244. Cpr. § 215, texte n° 1, notes 22 et 23 ; § 287, texte et note 10 *in fine*.

[13] Cpr. § 287, note 2.

[14] Cpr. § 294, texte n° 1, et note 40.

ne commence à courir qu'à dater de la transcription de l'acte d'acquisition. Art. 2180, n° 4, al. 3.

Lorsque l'immeuble grevé se trouve entre les mains du tiers qui l'a hypothéqué pour la dette d'autrui, sans s'obliger personnellement, ce tiers peut invoquer la prescription de trente ans, alors même que le créancier aurait conservé son action personnelle contre le débiteur [15]. Mais il est évident que la prescription de dix à vingt ans ne saurait trouver application dans cette hypothèse.

Les priviléges sur les immeubles et les hypothèques s'éteignent :

2° Par le défaut d'inscription dans les délais prescrits pour l'accomplissement de cette formalité [16].

3° Par la réduction prononcée en justice dans les cas prévus au § 282.

4° Par l'omission dans le certificat requis par l'acquéreur après la transcription de son titre [17], de l'inscription nécessaire à l'efficacité du privilége ou de l'hypothèque. En pareil cas, le droit de suite est éteint d'une manière absolue, de telle sorte que non-seulement l'acquéreur est dispensé de faire au créancier omis la notification prescrite par les art. 2183 et 2184, mais que ce dernier se trouve même privé de la faculté de surenchérir [18]. Cette cause d'extinction, qui est d'ailleurs étrangère aux hypothèques dispensées d'inscription, n'entraîne pas la perte du droit de préférence;

[15] Il s'agit, dans l'hypothèse prévue au texte, d'une charge réelle, qui doit s'éteindre par trente ans aux termes de l'art. 2262. En vain opposerait-on l'art. 2250 pour soutenir que toute cause qui interrompt la prescription de l'action personnelle contre le débiteur, doit également interrompre la prescription de l'action hypothécaire contre le tiers qui a constitué l'hypothèque, comme elle interromprait la prescription de l'action personnelle contre la caution. L'art. 2250, qui repose sur l'idée, fort contestable en elle-même (§ 215, note 59), que la caution est représentée par le débiteur principal pour tout ce qui concerne la conservation des droits du créancier, ne peut s'appliquer au tiers qui a constitué une hypothèque sans s'obliger personnellement, parce que, comme propriétaire de l'immeuble hypothéqué, ce tiers ne saurait, à aucun point de vue, être considéré comme représenté par le débiteur personnel.

[16] Voy. pour le développement de cette proposition, et pour les modifications dont elle est susceptible : §§ 269, 272 et 278.

[17] Si l'acquéreur a requis le certificat avant la transcription de son titre, l'immeuble n'est point affranchi des créances omises dans le certificat. Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 7, n° 13. Troplong, IV, 1006. Pont, n° 1448. Grenoble, 21 août 1822, Dalloz, *Jur. gén.*, v^is^ Priv. et Hypoth., n° 2981.

[18] Grenier, II, 443. Troplong, 1007 *bis*. Paris, 2 pluviôse an XIII, Sir., 5, 2, 637. Civ. rej., 9 nivôse an XIV, Sir., 6, 2, 763. Voy. en sens contraire : Tarrible, *op. et loc. citt.* Voy. aussi Duranton, XX, 428, à la note.

que le créancier omis peut toujours faire valoir de la manière indiquée au § 283. Art. 2198.

5° Par la déchéance que fait encourir le défaut de production, à l'ordre ouvert pour la distribution du prix de l'immeuble, dans les quarante jours de la sommation signifiée à cet effet. Code de procédure, art. 754 et 755. Toutefois, le créancier hypothécaire qui aurait encouru cette déchéance purement relative et exclusivement proposable par les créanciers qui ont produit, jouirait sur les fonds non absorbés par les différentes collocations, de son droit de préférence vis-à-vis des créanciers, soit chirographaires, soit même hypothécaires[19], qui n'auraient pas produit dans l'ordre.

6° Par l'effet d'une collocation déclarée inutile à raison de l'épuisement des fonds à distribuer. Code de proc., art. 759. Cependant si l'un des créanciers utilement colloqués, avait été désintéressé sur le prix d'un autre immeuble, et que la somme à lui attribuée fût ainsi devenue disponible; le créancier inutilement colloqué conserverait son droit de préférence sur cette somme, non-seulement à l'égard des créanciers chirographaires et des créanciers hypothécaires postérieurs en rang, mais même vis-à-vis des créanciers hypothécaires antérieurs, qui, faute de production dans l'ordre, avaient encouru la déchéance prononcé par l'art. 755 du Code de procédure[20].

7° Par l'accomplissement des formalités de la purge, suivi, soit du paiement effectif du prix de l'immeuble hypothéqué entre les mains des créanciers utilement colloqués, soit d'une consignation opérée conformément à l'art. 777 du Code de procédure[21].

Toutefois cette consignation, à la suite de laquelle le juge qui l'a déclarée valable, ordonne la radiation de toutes les inscriptions existantes, avec maintien de leur effet sur le prix, n'a d'autre con-

[19] Civ. rej., 10 juin 1828, Sir., 28, 1, 242. Civ. cass., 15 février 1837, Sir., 37, 1, 188.

[20] Paris, 23 avril 1836, Sir., 36, 2, 309. Req. rej., 8 avril 1836, Sir., 36, 1, 531.

[21] L'art. 2180, n° 3, semble attacher l'extinction des priviléges et des hypothèques au seul fait de l'accomplissement des formalités de la purge. Mais cette disposition, prise à la lettre, serait inexacte. En effet, les hypothèques inscrites ne sont, sauf le cas de déchéance pour défaut de production, et celui de collocation inutile, définitivement éteintes que par le paiement des créanciers auxquels elles appartiennent ou par la consignation dont il est parlé au texte. Quant aux hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites, elles sont bien moins éteintes par les formalités de la purge que par le défaut d'inscription dans le délai fixé par l'art. 2195.

séquence que de libérer l'immeuble du lien de l'hypothèque, et laisse subsister sur le prix les droits respectifs de préférence compétant aux divers créanciers hypothécaires, droits qui restent à régler par un ordre amiable ou judiciaire.

III. *De la purge des priviléges et des hypothèques.*

§ 293 *bis*.

1. *Notion de la purge. — Des acquisitions auxquelles elle s'applique. — Des personnes qui jouissent de la faculté de purger. — Des diverses espèces de purge.*

1° La faculté de purger est un bénéfice légal en vertu duquel le tiers détenteur d'un immeuble grevé de priviléges ou d'hypothèques, devenus efficaces à son égard[1], peut, en offrant aux créanciers privilégiés ou hypothécaires le prix de cet immeuble ou sa valeur estimative, prévenir ou arrêter les poursuites auxquelles l'exposerait l'exercice du droit de suite. Cpr. art. 2179.

La purge, c'est-à-dire la procédure à suivre par le tiers détenteur pour offrir le prix ou la valeur estimative de l'immeuble par lui acquis, et pour mettre les créanciers à hypothèque simple ou privilégiée en demeure d'exercer la faculté de surenchérir, n'emporte pas, à elle seule, l'extinction définitive des priviléges ou hypothèques dont cet immeuble est grevé[2]. L'unique effet qu'elle produise directement et par elle-même, est de convertir le droit de suite sur l'immeuble même en un droit qui ne porte plus que sur le prix. A plus forte raison la purge ne modifie-t-elle pas la position respective des créanciers, et les droits de préférence dont ils jouissent les uns à l'égard des autres.

2° La purge n'ayant d'autre effet que de substituer au droit de suite sur l'immeuble même, un droit qui n'affecte plus que le prix, il en résulte qu'elle devient sans objet toutes les fois que cet

[1] Cpr. §§ 269, 272 et 278.

[2] Cette proposition ne doit, bien entendu, être admise que sauf les modifications résultant des art. 2194 et 2195, dans le cas où, indépendamment de son objet ordinaire, la purge a simultanément, ou même exclusivement, pour but spécial, de mettre les créanciers à hypothèque légale dispensée d'inscription en demeure de s'inscrire dans un délai déterminé, sous peine d'extinction absolue du droit de suite. Cpr. texte n° 4 *infra*; § 295.

effet se trouve attaché de plein droit à la nature même de l'aliénation ou au mode d'acquisition.

C'est ce qui a lieu dans les jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique, et même dans les cessions amiables consenties, après accomplissement des formalités indiquées en l'art. 2 de la loi du 3 mars 1841, par les propriétaires de terrains soumis à l'expropriation [3].

C'est ce qui se produit encore dans les jugements d'adjudication sur saisie immobilière [4], que cette saisie ait été poursuivie contre le débiteur lui-même, contre un tiers détenteur, ou contre le curateur à l'immeuble délaissé par hypothèque [5]. Code de procédure, art. 717, al. 7 [6].

C'est enfin ce qui se rencontre dans les adjudications prononcées sur surenchère, soit du dixième après aliénation volontaire suivie de purge [7], soit du sixième après les ventes faites

[3] L'art. 17 de la loi du 3 mai 1841 porte, dans sa disposition finale, que les créanciers inscrits n'auront dans aucun cas la faculté de surenchérir, mais qu'ils pourront seulement exiger que l'indemnité soit fixée conformément au titre IV; et cette disposition, relative au cas où il est intervenu un jugement d'expropriation, a été étendue au cas de cession amiable par l'al. 1er de l'art. 19. Voy. aussi l'al. 3 de ce dernier article. Cpr. § 209, texte, lett. *A*, nº 2, et notes 42 à 44.

[4] L'al. 7 de l'art. 717 du Code de procédure, modifié par la loi du 21 mai 1858, porte : « Le jugement d'adjudication *dûment transcrit* purge toutes les hypo- « thèques, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix. » Nous n'avons pas reproduit au texte les expressions *dûment transcrit*, par la raison que la transformation du droit de suite sur l'immeuble en un simple droit sur le prix est le résultat immédiat du jugement d'adjudication, dont la transcription, nécessaire sans doute pour arrêter, dans l'intérêt de l'adjudicataire, le cours des inscriptions, et pour éteindre d'une manière complète les priviléges et hypothèques qui n'auraient pas été rendus publics avant l'accomplissement de cette formalité, est cependant sans influence sur les rapports de l'adjudicataire et des créanciers inscrits. Olivier et Mourlon, nos 233 et 234.

[5] Art. 2174. Olivier et Mourlon, nº 250. Seligmann, nº 727.

[6] Le principe consacré par cette disposition est celui de notre ancien Droit. Son application aux priviléges et aux hypothèques soumis à la formalité de l'inscription, n'a jamais été contestée; mais la Cour de cassation décidait qu'il était étranger aux hypothèques légales dispensées d'inscription. La loi du 21 mai 1858 a définitivement condamné cette jurisprudence, et depuis lors la généralité de ce principe et son application à toutes les hypothèques sans distinction sont hors de controverse. Cpr. § 269, texte nº 2 et note 26; Labbé, *Revue critique*, 1861, XIX, p. 281 et suiv., nos 11 à 19.

[7] Dès avant la loi du 2 juin 1841 on admettait assez généralement que l'adjudication sur surenchère du dixième fixait définitivement, et au regard de tous les créanciers hypothécaires sans distinction, le prix de l'immeuble hypothéqué.

en justice autrement que par expropriation forcée[8], soit enfin du

Grenier, II, 566. Troplong, IV, 908. Cette solution fut sanctionnée par la loi précitée, qui fit entrer dans la rédaction de l'art. 838 du Code de procédure un septième alinéa ainsi conçu : « L'adjudication par suite de surenchère sur aliéna- « tion volontaire ne pourra être frappée d'aucune autre surenchère. » Enfin la loi du 21 mai 1858 l'a encore confirmée, en maintenant dans la rédaction définitive de l'art. 838 l'alinéa qui vient d'être transcrit. Pont, nº 1349. Il est vrai qu'une disposition finale, ajoutée à cet article par cette dernière loi, porte que « la purge « des hypothèques légales, si elle n'a pas eu lieu, se fait comme au cas d'alié- « nation volontaire », c'est-à-dire suivant les formes réglées par les art. 2193 et suiv. ; et de là MM. Olivier et Mourlon (nº 249, p. 439 à 441) ont prétendu conclure que le législateur, violant la règle *Surenchère sur surenchère ne vaut*, à l'instant où il venait de la poser, avait entendu réserver aux créanciers à hypothèques légales dispensées d'inscription la faculté de faire une nouvelle surenchère du dixième. Mais, à notre avis, c'est tout gratuitement que ces auteurs ont prêté à la loi une contradiction qui ne ressort nullement de son texte. En effet, à la différence de la purge ordinaire, la purge légale, telle qu'elle est organisée par les art. 2193 et suiv., ne tend pas précisément à provoquer l'exercice de la faculté de surenchérir : son objet spécial est de constituer les créanciers à hypothèques légales dispensées d'inscription en demeure de s'inscrire, sous peine de déchéance de droit de suite. C'est à ce point de vue, qui est bien celui du Code Napoléon, que se sont placés les rédacteurs de l'art. 838 du Code de procédure ; et l'on comprend dès lors que le dernier alinéa de cet article, qui ne prescrit que dans un but spécial et restreint la purge des hypothèques légales, se concilie parfaitement avec l'avant-dernier alinéa du même article, aux termes duquel l'adjudication sur surenchère après aliénation volontaire ne peut être suivie d'aucune autre surenchère. Du rapprochement de ces deux dispositions il résulte que si, après une purge ordinaire suivie d'une adjudication sur surenchère, les créanciers à hypothèques légales, mis en demeure de s'inscrire par l'accomplissement des formalités de la purge spéciale organisée à cet effet, conservent leur droit de suite au moyen d'une inscription prise dans les deux mois, ce droit ne leur confère cependant pas la faculté de faire une nouvelle surenchère, et qu'il se trouve, pour eux comme pour les autres créanciers hypothécaires, converti en un droit sur le prix à payer par l'adjudicataire. Cpr. note 2 *supra*.

[8] Depuis la loi du 2 juin 1841, la maxime *Surenchère sur surenchère ne vaut* peut être considérée comme une règle générale de notre procédure. Voy. Code de proc., art. 710, al. 2, 965, al. 2, 973, al. 6, et 988, al. 2 cbn. 965. Voy. aussi : art. 838, al. 7 et 8, et la note précédente ; Code de commerce, art. 573, al. 4, et la note 15 *infra*. Dans son rapport sur la loi précitée, M. Persil a parfaitement expliqué qu'une adjudication après surenchère du sixième a pour effet d'écarter toute nouvelle surenchère, même du dixième. E. Persil, *Commentaire de la loi du 2 juin 1841*, p. 211 et 212. La purge, dont le but est de mettre les créanciers hypothécaires en situation d'exercer la faculté de surenchérir, devient donc sans objet par cela même qu'aucune surenchère n'est plus admissible. Voy. cep. Amiens, 17 mai 1851, Sir., 51, 2, 344. Cet arrêt, tout en reconnaissant que, dans l'hypothèse indiquée au texte, il ne peut plus être fait de surenchère du dixième, a cependant décidé que le droit de suite ne se trouvait pas

dixième dans le cas prévu par l'article 573 du Code de commerce[9].

Les jugements, cessions, ou adjudications dont il vient d'être parlé, opèrent virtuellement la purge des hypothèques simples ou privilégiées dont se trouve grevé l'immeuble qui a été, soit exproprié ou cédé pour cause d'utilité publique, soit adjugé sur expropriation forcée ou sur surenchère, peu importe qu'elles procèdent, au cas d'expropriation, du chef du propriétaire contre lequel elle a été prononcée, ou des précédents propriétaires[10], et au cas de surenchère, soit du chef des auteurs de l'acquéreur ou de l'adjudicataire dépossédé par la surenchère, soit de ce dernier lui-même[11].

Du reste, le jugement d'adjudication sur expropriation forcée purge non-seulement les hypothèques constituées et inscrites avant la saisie, mais encore celles qui l'ont été, soit au cours de la poursuite, soit même entre le jugement et sa transcription[12].

A la différence des adjudications qui ont lieu à la suite d'une expropriation forcée ou d'une surenchère, les autres ventes faites en justice n'opèrent pas la purge virtuelle des priviléges et des

définitivement converti en un droit sur le prix dû par l'adjudicataire; et il a conclu de là que si ce dernier venait, avant d'avoir versé son prix entre les mains des créanciers hypothécaires du débiteur, à revendre l'immeuble pour une somme supérieure, ceux-ci seraient autorisés à se faire colloquer, à l'exclusion des créanciers personnels de l'adjudicataire, sur l'intégralité de cette somme, sans distraction de la portion excédant le prix d'adjudication. Les deux propositions que renferme cet arrêt sont, à notre avis, contradictoires. L'exclusion de la faculté de surenchérir emporte en effet virtuellement conversion du droit de suite en un droit sur le prix d'adjudication, et enlève aux créanciers la possibilité de réclamer quoi que ce soit en sus de ce prix. Il est vrai que le droit de suite ne se trouvera pas définitivement éteint tant que le prix d'adjudication ne sera pas payé, et qu'il pourra, à défaut de paiement, s'exercer par voie de folle enchère. Mais si ce prix est offert aux créanciers hypothécaires, peu importe qu'il le soit par l'adjudicataire lui-même ou par son successeur, ils ne peuvent rien demander de plus, parce que leur droit ne va pas au delà.

[9] Voy. texte et note 15 *infra*.

[10] Olivier et Mourlon, nº 232. Mourlon, *De la transcription*, II, 589.

[11] Labbé, *op. cit.*, p. 299 à 301, nºs 36 à 39. Nous partons de l'idée que les hypothèques consenties par le tiers détenteur, évincé à la suite d'une surenchère du dixième, sont efficaces et valables, et ne doivent pas être considérées comme non avenues, en vertu de la règle *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Voy. sur ce point : § 294, texte nº 4.

[12] Olivier et Mourlon, nº 236. Mourlon, *De la transcription*, II, 587 à 590.

hypothèques[13]. Il en est ainsi, alors même que la première adjudication a été suivie d'une revente sur folle enchère[14].

Ces règles s'appliquent notamment aux licitations, aux ventes de biens de mineurs, à celles d'immeubles dépendant d'une succession bénéficiaire ou vacante, et même aux adjudications prononcées sur les poursuites des syndics d'une faillite, lorsqu'elles n'ont pas été suivies de la surenchère du dixième établie par

[13] Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 3, n° 7. Grenier, II, 566. Troplong, IV, 909. Olivier et Mourlon, nos 251 et 460. Seligmann, n° 728. Paris, 11 mai 1835, Sir., 35, 2, 370. Req. rej., 4 août 1835, Sir., 35, 1, 791.

[14] Paris, 10 mai 1834, Sir., 34, 2, 275. Dijon, 14 mars 1855, Sir., 55, 2, 571. Bordeaux, 23 juillet 1861, Sir., 62, 2, 197. Civ. rej., 6 juillet 1864, Sir., 64, 1, 377. Voy. en sens contraire : Pont, n° 1350. Nous reconnaissons bien avec cet auteur que la surenchère du sixième, autorisée par les art. 708, 965, 973, al. 6, et 988, al. 2, du Code de procédure, ne peut avoir lieu après une revente sur folle enchère ; et c'est aussi ce que décide, malgré l'opposition de certains commentateurs et de quelques Cours impériales, une jurisprudence aujourd'hui constante. Civ. cass., 10 janvier 1844, Sir., 44, 1, 97. Civ. cass., 24 décembre 1845, Sir., 46, 1, 182. Req. rej., 30 juin 1847, Sir., 47, 1, 679. Civ. cass., 1er mars 1848, Sir., 48, 1, 344. Civ. rej., 24 mars 1851, et Civ. cass., 4 août 1851, Sir., 51, 1, 434. Civ. cass., 11 mars 1863, Sir., 63, 1, 380. Mais il n'est pas permis de conclure par analogie de la surenchère du sixième, qui est accordée à toute personne indistinctement, et qui ne découle pas d'un droit préexistant, à la surenchère du dixième, réservée aux seuls créanciers hypothécaires, comme conséquence de leur droit de suite. En faisant cesser la surenchère du sixième après une revente sur folle enchère, on ne lèse aucun droit acquis ; tandis qu'en attribuant à la folle enchère l'effet d'exclure la surenchère du dixième, on porte atteinte aux droits des créanciers hypothécaires, qui se trouveraient déchus de la faculté de surenchérir sans avoir été mis, soit directement, soit même indirectement, en demeure de l'exercer. Ce résultat se produit, il est vrai, en vertu du principe *Surenchère sur surenchère ne vaut*, lorsqu'une vente volontaire, faite en justice, a été suivie d'une nouvelle adjudication sur surenchère du sixième ; mais il s'explique alors par la considération que cette surenchère a dû, très-vraisemblablement, porter le prix de l'immeuble à sa véritable valeur, et rendre ainsi inutile une seconde surenchère, tandis qu'à l'inverse le prix de revente sur folle enchère est ordinairement inférieur à celui de la première adjudication, et rend d'autant plus précieuse la faculté de surenchérir, que le recours ouvert contre le fol enchérisseur par l'art. 740 du Code de procédure est la plupart du temps illusoire. Nous terminerons en faisant remarquer que M. Pont invoque à tort, en faveur de son opinion, un arrêt de la Cour de Colmar du 13 mai 1857 (Sir., 57, 2, 616). Dans l'espèce de cet arrêt, le fol enchérisseur était devenu adjudicataire par suite d'une première surenchère du sixième, de sorte que toute nouvelle surenchère, même celle du dixième, devait être écartée en vertu du principe *Surenchère sur surenchère ne vaut*. Voy. aussi en ce sens : Pau, 28 mars 1860, Sir., 61, 2, 57.

l'art. 573 [15]. Elles s'appliquent également aux adjudications qui ont

[15] L'opinion contraire, suivant laquelle l'adjudication faite à la requête des syndics emporterait par elle-même, à l'instar de l'adjudication sur expropriation forcée, la purge des priviléges et des hypothèques, a cependant ses partisans, et elle a même été consacrée par la Cour de cassation. A l'appui de cette opinion on invoque l'art. 573 du Code de commerce qui, dans le but de simplifier les opérations de la faillite et d'en accélérer la liquidation, exclurait en cette matière toute surenchère autre que celle dont il règle les conditions. L'on ajoute que les créanciers hypothécaires, avertis par les publications faites dans les journaux et par la notoriété publique, se trouvent suffisamment mis en demeure de veiller à leurs intérêts, et ne sauraient se plaindre de n'avoir pas été conviés par des notifications individuelles à exercer la faculté de surenchérir. Voy. en ce sens: Rodière, *Procédure civile*, III, 453; Laîné, *Des faillites*, sur l'art. 573, p. 488 Orléans, 20 mars 1850, Sir., 50, 2, 325; Req. rej., 19 mars 1851, Sir., 51, 1, 270; Nîmes, 28 janvier 1856, Sir., 56, 2, 301; Civ. cass., 3 août 1864, Sir., 64, 1, 381. Deux systèmes intermédiaires, qui s'écartent plus ou moins de celui que nous venons d'exposer, ont encore été proposés. Suivant le premier, l'adjudication prononcée sur la poursuite des syndics, quoique n'ayant pas pour effet de purger les hypothèques des créanciers qui sont restés étrangers aux opérations de la faillite, purgerait les hypothèques de ceux qui y ont pris part. D'après le second, l'adjudication dont s'agit emporterait virtuellement la purge des hypothèques de tous les créanciers du failli, qu'ils aient ou non concouru aux opérations de la faillite; seulement ne purgerait-elle pas celles des créanciers des précédents propriétaires. Voy. pour le premier système: Dalloz, *Jur. gén.*, v° Hypothèques, n° 2042, Civ. rej., 9 novembre 1858, Sir., 59, 1, 49; et pour le second, Labbé, *op. cit.*, p. 301 et suiv., n^os^ 40 à 48. Sans nous arrêter à ces distinctions et à ces concessions, qui nous paraissent arbitraires et insuffisantes, nous croyons devoir maintenir dans son intégrité la solution donnée au texte. Elle se justifie, à notre avis, par les raisons suivantes: 1° L'assimilation que l'on prétend établir entre l'adjudication faite à la requête des syndics et l'adjudication sur expropriation forcée, est repoussée par l'art. 572 du Code de commerce, portant que les syndics seront tenus de procéder à la vente des immeubles du failli *suivant les formes prescrites pour la vente des biens des mineurs*, et par l'art. 964 du Code de procédure qui ne range pas, parmi les dispositions communes à ces sortes de ventes, celles de l'art 717, où se trouve posé le principe qu'on voudrait appliquer par analogie à notre matière. D'un autre côté, si ce principe, d'après lequel le jugement d'adjudication purge toutes les hypothèques, s'explique pour les jugements d'adjudication sur expropriation forcée, ce n'est pas tant par la publicité de la poursuite que par les notifications individuelles qui doivent être faites aux créanciers inscrits, et qui les constituent ainsi parties dans cette poursuite. La notoriété seule de la faillite est donc insuffisante, en l'absence de toutes notifications de ce genre, pour justifier l'extension du principe dont s'agit aux jugements d'adjudication provoqués par les syndics. 2° L'art. 573 du Code de commerce n'est pas, dans ses trois premiers alinéas, aussi décisif que semblent le supposer les partisans de l'opinion contraire. En s'occupant de *la surenchère après adjudication des immeubles du failli sur la poursuite des syndics*, cet article n'a évidemment en vue que la surenchère

eu lieu à la suite d'une conversion sur saisie, alors du moins que le jugement de conversion a été rendu avant les sommations prescrites par l'art. 692 du Code de procédure [16].

3° La faculté de purger est accordée à tout tiers détenteur d'un immeuble grevé de priviléges ou d'hypothèques, c'est-à-dire à tout

communément admise par le Code de procédure à la suite des adjudications faites en justice. Et comme cette surenchère, permise à toute personne, n'est point, en général, exclusive de la faculté de surenchérir dont les créanciers hypothécaires jouissent, d'après les règles du Code Napoléon, en vertu d'un droit qui leur est propre, il faudrait, pour les priver de cette faculté dans l'hypothèse dont il est ici question, un texte formel qui la leur enlevât. Une réponse péremptoire à l'argumentation fondée sur les trois premiers alinéas de l'art. 573, se tire d'ailleurs du quatrième alinéa du même article, qui porte : « Toute per« sonne sera également admise à concourir à l'adjudication par suite de suren« chère. Cette adjudication demeurera définitive *et ne pourra être suivie d'au« cune autre surenchère.* » Dire que l'adjudication sur la surenchère admise par l'art. 573, ne pourra être suivie d'aucune autre surenchère, n'est-ce pas implicitement reconnaître en principe la possibilité d'une autre surenchère qui, défendue pour le cas seulement où la surenchère ouverte par l'article précité a de fait été exercée, se trouve par cela même virtuellement permise dans l'hypothèse contraire ? Ainsi s'explique parfaitement l'économie de l'art. 573 ; et il devient évident que si le législateur, dans l'intention, nous le reconnaissons, de hâter la liquidation de la faillite, s'est montré plus facile que d'ordinaire quant aux conditions de la surenchère après adjudication des immeubles du failli, ce n'est pas pour proscrire directement et d'une manière absolue la surenchère inhérente au droit de suite, mais dans le but seulement de provoquer une mesure qui aura pour effet de l'écarter indirectement, par application de la règle *Surenchère sur surenchère ne vaut*. Voy. en ce sens : Petit, *De la surenchère*, p. 269 ; Boileux, sur Boulay Paty, *Des faillites*, II, p. 242 ; Esnault, *Des faillites*, III, p. 581 ; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, IV, 1890 ; Olivier et Mourlon, n° 460 ; Grosse et Rameau, *Commentaire de la loi du 21 mai 1858*, II, n° 478 ; Demangeat, sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 627 à la note ; Paris, 19 mars 1836, Sir., 36, 2, 260 ; Rouen, 21 décembre 1837, Sir., 38, 2, 99 ; Douai, 4 août 1859, Sir., 60, 2, 299 ; Paris, 21 août 1862, Sir., 62, 2, 545.

[16] Troplong, IV, 909. Olivier et Mourlon, n° 252. Seligmann, n^os^ 729 et 730. Amiens, 17 mai 1851, Sir., 51, 2, 344. Orléans, 5 août 1853, Sir., 53, 2, 503. Orléans, 15 février 1859, Sir., 59, 2, 361. — Après les sommations prescrites par l'art. 692 du Code de procédure, le jugement de conversion ne peut être rendu que du consentement de tous les créanciers inscrits. Code de procédure, art. 743. La position de ces derniers restant ainsi absolument la même que si l'expropriation forcée avait suivi son cours ordinaire, l'adjudication prononcée à la suite de la conversion doit produire la purge virtuelle de leur hypothèque, comme l'aurait produite un jugement d'adjudication sur expropriation forcée. Olivier et Mourlon, n° 460. Seligman, n° 731. Dijon, 24 mars 1847, Sir., 47, 2, 410.

successeur particulier, non personnellement obligé au paiement de la dette hypothécaire [17], peu importe du reste que l'immeuble hypothéqué lui ait été transmis à titre onéreux ou à titre gratuit. Art. 2181, 2183 et 2184.

Cette faculté appartient donc à l'acquéreur, à l'échangiste, au donataire, au légataire à titre particulier [18]; et ces successeurs sont autorisés à l'exercer au cas même où ils n'auraient acquis qu'une partie de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués [19].

L'acquéreur de la nue-propriété d'un immeuble et celui de l'usufruit jouissent, l'un et l'autre, de la faculté de purger, aussi bien que l'acquéreur de la pleine propriété [20]. Il en est de même de celui dont l'acquisition est soumise à une condition résolutoire, à celle, par exemple, qui résulte d'un pacte de retrait [21].

Au contraire, l'acquéreur, sous une condition suspensive, ne jouit pas de la faculté de purger, tant que cette condition ne s'est pas réalisée [22]. Le propriétaire de l'héritage en faveur duquel une

[17] Ainsi la faculté de purger ne compète, ni à la caution, ni au codébiteur, même simplement conjoint, de la dette hypothécaire. Art. 1221 et 2172. Cpr. § 287, texte nº 2, notes 16 et 17; texte nº 3 et note 37.

[18] Grenier, II, 356. Troplong, IV, 903. Martou, IV, 1378. Labbé, *Revue critique*, 1856, VIII, p. 217, nº 7. Pont., nº 1276.

[19] Aix, 6 mars 1839, Sir., 40, 2, 449.

[20] Cpr. § 228. Grenier, II, 324. Labbé, *op. cit.*, p. 231, nº 11. Pont, nº 1283. — La question ne peut pas se présenter pour les droits d'usage et d'habitation, qui ne sont susceptibles, ni de cession, ni d'hypothèque, ni d'expropriation forcée. Art. 631, 634, 2118 et 2204. Cpr. § 236, texte lett. *b*: § 259, texte et note 7; § 581, texte et note 3.

[21] Pont, nº 1285. Bourges, 26 janvier 1822, Sir., 22, 2, 236. Montpellier, 4 mars 1841, Sir., 42, 2, 25. Req. rej., 14 avril 1847, Sir., 47, 1, 341. Grenoble, 17 février 1849, Sir., 49, 2, 543. Cpr. Petit, *Des surenchères*, p. 290; Labbé, *op. cit.*, p. 220 et suiv., nº 10.

[22] Labbé, *op cit.*, p. 220, nº 9. Voy. en sens contraire: Pont, nº 1285. Au soutien de son opinion, le savant magistrat se borne à dire qu'un droit de propriété immobilière, quoique suspendu par une condition, n'en est pas moins susceptible d'hypothèque, et que par cela même il est aussi susceptible d'être purgé. Cette conclusion n'est, à notre avis, qu'une pétition de principe. A la différence de l'art. 2125, qui permet formellement à celui qui a acquis un immeuble sous une condition suspensive, de l'hypothéquer pour le cas où cette condition viendrait à s'accomplir, les art. 2181 et suivants n'accordent la faculté de purger qu'au *nouveau propriétaire*, qu'au *tiers détenteur*, et supposent ainsi une transmission de propriété définitivement opérée, et même réalisée par la translation de la possession.

servitude réelle a été établie, n'est pas non plus autorisé à procéder à la purge de l'acquisition de cette servitude [23].

D'un autre côté, la faculté de purger n'appartient pas à celui qui a constitué une hypothèque pour sûreté de la dette d'un tiers, alors même qu'il ne se serait pas personnellement engagé à la payer [24].

Enfin les héritiers et autres successeurs universels ne jouissent pas non plus de cette faculté, quant aux biens qu'ils détiennent à titre héréditaire. Un héritier partiaire ne pourrait donc pas, même en offrant de payer sa part personnelle des dettes hypothécaires, procéder à la purge des immeubles de la succession tombés dans son lot [25]. A cet égard, il n'y a même pas de distinction à faire entre l'héritier pur et simple et l'héritier sous bénéfice d'inventaire [26]. Mais, à la différence de l'héritier pur et simple, l'héritier bénéficiaire qui, se gérant comme un tiers étranger à l'hérédité, s'est rendu adjudicataire d'un immeuble de la succession, est admis, en offrant l'intégralité de son prix d'adjudication, à le purger des hypothèques dont il se trouve grevé du chef même du défunt [27].

[23] Cpr. § 250, texte nº 2, et note 8. Martou, IV, 1380. Pont, nº 1283. Paris, 4 janvier 1831, Sir., 32, 1, 828. Voy. cep. Labbé, *op. cit.*, p. 231, nº 12.

[24] Labbé, *op. cit.*, p. 210, nº 2. Pont, nº 1272. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 903 *bis*, et III, 816; Martou, IV, 1379, et III, 1280. Ces auteurs partent de l'idée que toute personne admise à délaisser, comme n'étant pas personnellement obligée à la dette, est par cela même aussi autorisée à purger. Cette idée ne nous paraît pas exacte. Il est bien vrai que celui qui ne peut délaisser, ne peut pas non plus purger; mais il n'est pas permis de conclure à l'inverse de la faculté de délaisser à celle de purger. Ainsi, celui qui a constitué une hypothèque pour sûreté de la dette d'un tiers est admis à délaisser, parce que le délaissement ne porte aucune atteinte à la complète efficacité du droit hypothécaire, tandis qu'il ne saurait être autorisé à purger, parce qu'il a contracté envers le créancier, sinon l'engagement de payer la dette garantie par l'hypothèque qu'il a constituée, du moins l'obligation de laisser ensuivre les effets de cette hypothèque, en s'abstenant de tout acte de nature à y porter obstacle, et qu'il manquerait à cette obligation en usant d'une faculté dont l'exercice paralyserait le droit de poursuite du créancier.

[25] Voy. § 626, texte nº 2, et notes 14 à 16. Cpr. aussi § 215, texte lett. *C*, notes 57 et 58. Tarrible, *Rép.*, vº Transcription, § 1. Grenier, II, 355 et 356. Favard, *Rép.*, vº Purge. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, III, 2667. Labbé, *op. cit.*, p. 211 et suiv., nº 3. Pont, nº 1273. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 903 *bis*, et III, 798. L'opinion de l'éminent magistrat se fonde sur le motif que nous avons indiqué et réfuté à la note précédente.

[26] Labbé, *op. cit.*, p. 214, nº 4. Pont, nº 1274. Voy. en sens contraire : Martou, IV, 1379, et III, 1284.

[27] L'héritier bénéficiaire est dans l'hypothèse prévue au texte un véritable tiers

Quant aux cessionnaires de droits successifs, ils ont bien, en leur qualité de successeurs à titre particulier [28], la faculté de purger les hypothèques procédant du chef de leur cédant; mais ils ne peuvent l'exercer qu'après la cessation de l'indivision, et pour les immeubles qui leur sont définitivement échus par le partage ou sur licitation [29].

Le successeur particulier auquel la faculté de purger compéterait d'après les règles qui viennent d'être exposées, n'est plus admis à en faire usage, lorsqu'il y a renoncé expressément ou tacitement.

détenteur, parce qu'il possède à un titre nouveau, entièrement distinct de son titre héréditaire, l'immeuble dont il s'est rendu adjudicataire, et que, d'un autre côté, il se trouve dégagé par l'effet du bénéfice d'inventaire de l'obligation de garantir sur son propre patrimoine les faits de son auteur. Labbé, *op. cit.*, p. 216, nº 5. Demolombe, XV, 291 *bis*. Civ. rej. et Civ. cass., 12 août 1839, Sir., 39, 1, 781 et 782. Civ. cass., 26 février 1862, Sir., 62, 1, 609. Civ. rej., 28 juillet 1862, Sir., 62, 1, 988.

[28] Cpr. § 359 *ter*, texte nº 8, et note 10.

[29] Il est vrai que le cohéritier cédant, par l'effet de la saisine, et le cessionnaire, par l'effet de la cession, sont devenus successivement copropriétaires des immeubles héréditaires; et que ces immeubles ont pu être frappés d'hypothèques du chef du cédant. Mais de là on ne saurait conclure que le cessionnaire puisse, avant tout partage, purger son acquisition. Cette conclusion doit être rejetée par application de l'art. 2205, d'après lequel la part indivise de l'un des cohéritiers dans les immeubles héréditaires ne peut, tant que dure l'indivision, former l'objet d'une poursuite en expropriation forcée. Le motif en est que cette part ne constitue qu'un objet indéterminé, qui peut même s'évanouir complétement par le résultat du partage et de la liquidation de la succession, ou se transformer rétroactivement en un droit sur des valeurs purement mobilières. Cpr. § 581, texte nº 2, et notes 14 à 18. Or ce motif se présente avec une force tout au moins égale pour la purge, à laquelle il s'applique d'autant mieux, que la faculté de purger ayant principalement pour objet de prévenir ou d'arrêter la poursuite en expropriation, elle semble devoir rester suspendue tant que cette poursuite se trouve elle-même arrêtée. On ne comprendrait d'ailleurs pas comment, en présence de l'incertitude sur les résultats éventuels du partage et de la liquidation, le cessionnaire pourrait être sommé par les créanciers hypothécaires de payer ou de délaisser, ni comment, d'un autre côté, ces derniers pourraient être forcés, soit à accepter l'offre faite par le cessionnaire, soit à exercer une surenchère. Orléans, 31 mai 1859, Sir., 59, 2, 591. Voy. en sens contraire: Pont, nº 1270. Cpr. Civ. cass., 21 janvier 1839, Sir., 39, 1, 87. Cet arrêt, ordinairement cité en sens contraire, n'a pas positivement statué sur la question. Rendu dans une espèce où de fait il y avait eu purge et surenchère, il a cassé l'arrêt attaqué, qui, pour annuler la surenchère, s'était fondé sur le motif évidemment erroné qu'une cession de droits successifs ne conférait au cessionnaire qu'une action en partage non susceptible d'hypothèque.

L'engagement pris par l'acquéreur, même envers le vendeur seulement, de payer le montant de telles ou telles créances hypothécaires, emporte de sa part renonciation virtuelle à la faculté de purger, en ce sens du moins qu'il ne peut plus l'exercer à l'égard des titulaires de ces créances [30]. Mais l'obligation contractée par l'acquéreur de verser son prix entre les mains des créanciers hypothécaires qui seront en ordre de le recevoir, laisse par elle-même intacte la faculté de purger, dont il pourra faire usage tant que la délégation du vendeur, et par suite la substitution du prix à l'immeuble hypothéqué, n'auront pas été acceptées par tous les créanciers hypothécaires [31].

Du reste, le successeur particulier conserve la faculté de purger dans le cas même où son auteur avait, en sa qualité de tiers détenteur, personnellement encouru la déchéance de cette faculté [32].

4° A côté de la purge générale ou ordinaire, dont l'objet a été indiqué sous le n° 1 de ce paragraphe, et dont les formalités sont tracées aux art. 2181 à 2192 du Code Napoléon, 832 et suiv. du Code de procédure, la loi a encore organisé, dans les art. 2193 à 2195, une purge spéciale qui s'applique aux hypothèques légales, non inscrites, des femmes mariées, des mineurs et des interdits, et qui a principalement pour but de mettre les personnes auxquelles ces hypothèques compètent, en demeure de les faire inscrire dans un certain délai, sous peine de déchéance du droit de suite.

Cette purge spéciale devient donc sans objet, en tant qu'il s'agit d'hypothèques légales qui, quoique dispensées d'inscription, ont cependant été inscrites [33], et à plus forte raison dans l'hypothèse

[30] Peu importe que cet engagement n'ait pas été contracté envers les créanciers hypothécaires eux-mêmes : ils ne sont pas moins fondés à en invoquer le bénéfice, par application des art. 1121 et 1166.

[31] Cette hypothèse diffère essentiellement de la précédente en ce que l'engagement de l'acquéreur, contracté au profit, non plus de certains créanciers hypothécaires seulement, mais de tous sans distinction, se trouve ainsi virtuellement subordonné à la condition que le prix offert à tous les créanciers sera aussi accepté par tous, et que l'acquéreur conservera la faculté de purger vis-à-vis de ceux qui ne voudraient pas s'en contenter.

[32] Battur, III, 544. Duranton, XX, 345 *bis*. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 344. C'est évidemment à tort que ce dernier auteur invoque, à l'appui de son opinion, la maxime *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse haberet*, parce que l'acquéreur ne tient pas du vendeur, mais de la loi elle-même, la faculté de purger, dont tout tiers détenteur est appelé à jouir comme d'un bénéfice inhérent à cette qualité.

[33] Le mode spécial de purge organisé par les art. 2193 et 2194, ne doit et ne

où, par suite de l'expiration de l'année à partir de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, de pareilles hypothèques se sont trouvées soumises à la nécessité de l'inscription [34].

Elle est, au surplus, complétement étrangère aux priviléges, et ne s'applique même pas à ceux qui, dispensés d'inscription tant que les immeubles grevés restent dans les mains du débiteur, doivent, pour demeurer efficaces à l'égard des tiers acquéreurs, être inscrits avant la transcription des actes d'aliénation [35].

Lorsqu'un immeuble est grevé tout à la fois de priviléges ou d'hypothèques inscrites, et d'hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites, l'acquéreur qui veut purger ces priviléges et ces différentes hypothèques, doit remplir cumulativement les formalités prescrites par les art. 2181 et suivants, et celles qui sont tracées par l'art. 2194 [36].

Les formalités spéciales établies par ce dernier article suffisent à elles seules pour la purge des hypothèques légales dispensées d'inscription, et non inscrites avant leur accomplissement.

Il en résulte que, dans le cas même où, à la suite de ces formalités et avant l'expiration du délai indiqué en l'art. 2195, des inscriptions viendraient à être prises du chef d'un mineur, d'un interdit, ou d'une femme mariée, l'acquéreur ne peut être suivi que dans le cas où il n'existe pas d'inscriptions du chef des mineurs, des interdits, ou des femmes mariées. Au cas contraire, c'est-à-dire lorsque les hypothèques légales compétant à ces personnes ont été inscrites, il est tout à la fois nécessaire et suffisant pour en opérer la purge, de suivre la marche tracée par les art. 2181 et suivants. C'est ce qui résulte, tant de l'intitulé du chapitre dans lequel se trouvent placés les art. 2193 et 2194, que du texte même du premier de ces articles. Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 2, n° 5, 2°. Persil, sur l'art. 2193, n° 3. Troplong, IV, 975 et 997. Pont, n^os 1267 et 1402. Civ. rej., 21 août 1833, Sir., 33, 1, 612.

[34] Dans cette hypothèse, en effet, les hypothèques légales non inscrites avant la transcription de l'acte d'aliénation, sont par cela même destituées de toute efficacité à l'égard de l'acquéreur, qui n'a par conséquent plus à les purger. Loi du 23 mars 1855, art. 6 et 8. Cpr. § 269, texte n° 2, lett. *b* et *c*. Que si au contraire ces hypothèques ont été inscrites avant la transcription, elles seront purgées d'après le mode général et ordinaire indiqué aux art. 2181 et suiv. Cpr. la note précédente.

[35] Cpr. art. 2101 et 2104; § 269, texte n° 1 et note 4. Suivant que ces priviléges ne seront pas inscrits, ou qu'ils le seront, avant la transcription, ils se trouveront inefficaces à l'égard de l'acquéreur, qui n'aura plus besoin de les purger, ou ils pourront et devront être purgés en la forme ordinaire. Tarrible, *op. et v° citt.*, § 2, n° 5, 3°. Troplong, IV, 922.

[36] Tarrible, *op. et v° citt.*, § 2, n° 5, 5°.

terdit, ou d'une femme mariée, l'acquéreur ne serait pas tenu de faire à ces personnes la notification dont parle l'art. 2183 [37].

Mais on ne pourrait plus aujourd'hui en conclure, comme on le faisait avant la loi du 23 mars 1855 [38], que l'acquéreur qui veut purger les hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites, n'est pas même obligé de faire transcrire son acte d'acquisition [39].

§ 294.

2. *De la purge des priviléges et des hypothèques rendus publics par l'inscription.*

1° *Des formalités et conditions à remplir par le tiers détenteur.*

a. Le tiers détenteur qui veut purger, doit avant tout faire transcrire l'acte par lequel il est devenu propriétaire de l'immeuble grevé [1]. Art. 2181.

[37] Tarrible, *op. et v° citt.*, § 2, n° 5, 4°. Grenier, II, 457. Troplong, IV, 995. Pont, n° 1409. Grenoble, 27 décembre 1821, Sir., 22, 2, 364. Metz, 14 juin 1837, Sir., 38, 2, 197. Voy. en sens contraire : Caen, 28 août 1811, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 563 ; Caen, 12 avril 1826, Sir., 27, 2, 107 ; Orléans, 17 juillet 1829, Sir., 29, 2, 217. Cpr. § 295.

[38] Voy. Tarrible, *op. et v° citt.*, § 2, n° 5 ; Persil, sur l'art. 2194 ; Grenier, I, 265 ; Troplong, IV, 921.

[39] Sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 23 mars 1855, la transcription requise par l'art. 2181 du Code Napoléon ne constituait qu'une formalité préalable à la purge ordinaire ; et l'on décidait avec raison qu'elle se trouvait remplacée, pour la purge des hypothèques légales non inscrites, par le dépôt au greffe du contrat translatif de propriété exigé par l'art. 2194. Voy. les auteurs cités à la note précédente. Mais aujourd'hui que la transcription est nécessaire pour rendre efficace à l'égard des tiers, et notamment des créanciers hypothécaires, tout contrat translatif de propriété immobilière, l'acquéreur serait sans qualité pour procéder à la purge des hypothèques légales non inscrites, tant que son titre n'aurait pas été soumis à la transcription ; et les titulaires de ces hypothèques conserveraient, malgré une pareille purge, le droit de les inscrire, conformément aux art. 3 et 6 de la loi du 23 mars 1855, jusqu'à l'accomplissement de cette formalité. Cpr. Pont, n° 1288.

[1] Le tiers détenteur est-il également tenu de faire transcrire les actes d'acquisition des précédents propriétaires qui n'auraient pas accompli cette formalité ? Sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 23 mars 1855, une jurisprudence constante s'était, malgré la dissidence de plusieurs auteurs, prononcée pour la solution négative. Voy. § 272, texte n° 2 et note 6. Cette solution nous semble devoir être encore admise aujourd'hui, en ce sens du moins que, sans

b. Il doit, en second lieu, faire aux créanciers inscrits la notification prescrite par l'art. 2183.

Il est autorisé à y procéder sans être obligé d'attendre la provocation des créanciers, et sans avoir besoin de mettre son auteur en demeure de lui rapporter main-levée des inscriptions [2].

Il est tenu de faire cette notification au plus tard dans les trente jours [3] qui suivent la première sommation [4], à lui adressée par l'un

avoir fait transcrire les actes d'acquisition des précédents propriétaires, le tiers détenteur purgera valablement les hypothèques inscrites contre eux, pourvu qu'ayant levé l'état des inscriptions grevant de leur chef l'immeuble par lui acquis, il ait fait aux créanciers au nom desquels elles ont été prises, la notification prescrite par l'art. 2183. Pont, nº 1292. Cpr. Req. rej., 5 mai 1835, Sir., 35, 2, 241. Mais il est bien entendu que si le tiers détenteur n'a pas fait transcrire les actes d'acquisition des précédents propriétaires, la transcription de son propre titre ne suffira plus aujourd'hui, comme elle eût suffi autrefois, pour arrêter le cours des inscriptions des hypothèques existant du chef de ces derniers, et que ces diverses hypothèques pourront, malgré la purge, être utilement inscrites jusqu'à la transcription de l'acte par lequel celui des propriétaires successifs dont elles procèdent a aliéné l'immeuble. Voy. § 209, texte, lett. *C*, nº 2, notes 98 à 102; § 272, texte nº 2 et note 10.

[2] Pont, nº 1296. Limoges, 18 décembre 1840, Sir., 41, 2, 185.

[3] L'art. 2183 dit à la vérité *dans le mois;* mais, d'après le calendrier républicain, qui était encore en vigueur lorsque le Code Napoléon a été décrété, le mois se composait invariablement de trente jours. Or, comme la sommation à partir de laquelle se calcule ce délai d'un mois suivant l'art. 2183, n'est autre que la sommation de payer ou de délaisser dont il est question en l'art. 2169, et comme aux termes de ce dernier article c'est *trente jours après* cette sommation que le créancier est autorisé à procéder à l'expropriation de l'immeuble, on doit, pour maintenir l'harmonie que les rédacteurs du Code ont voulu établir entre ces deux dispositions, prendre encore aujourd'hui le délai d'un mois fixé par l'art. 2183 comme équivalant à un terme invariable de trente jours. Cpr. § 49, texte et note 11 *in fine*. Battur, II, 104. Troplong, III, 732. Pont, nº 1298. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 341. Cet auteur enseigne que le délai d'un mois doit se régler d'après le calendrier grégorien, et se calculer de quantième à quantième.

[4] On avait voulu soutenir que *la première sommation* dont parle l'art. 2183 est une sommation *préalable de purger*, que les créanciers devraient signifier au tiers détenteur pour le mettre en demeure d'user de cette faculté. Voy. Nîmes, 4 juin 1807 et 6 juillet 1812, Sir., 7, 2, 704, et 13, 2, 259; Riom, 31 mai 1817, Sir., 18, 2, 238. Mais il ressort nettement du rapprochement des art. 2169 et 2183 que la première sommation rappelée dans l'art. 2183 est la sommation *de payer ou de délaisser* signifiée, conformément à l'art. 2169, par le créancier le plus diligent, et se trouvant ainsi *la première en date*. Les créanciers n'ont donc point à faire précéder la sommation de payer ou de délaiser d'une sommation de purger, dont on ne rencontre aucune trace dans la loi; et une pareille sommation serait insuffisante pour faire courir contre le tiers détenteur le délai

ou l'autre des créanciers hypothécaires, de payer ou de délaisser[5]; et ce, à peine de déchéance de la faculté de purger[6], à supposer d'ailleurs que le commandement qui doit précéder la sommation dont il vient d'être parlé et cette sommation elle-même aient été valablement formalisés, et ne soient pas tombés en péremption[7].

La notification doit être adressée à tous les créanciers inscrits avant la transcription du titre du tiers détenteur, et portés sur l'état délivré par le conservateur après l'accomplissement de cette formalité[8]. Mais, comme elle doit pouvoir se faire au domicile élu dans l'inscription, le tiers détenteur n'est tenu de l'adresser qu'à ceux des créanciers dont les inscriptions contiennent élection de domicile[9]. Du reste, elle doit être faite à chacun des créanciers individuellement, dans le cas même où, s'agissant d'une créance commune à plusieurs personnes, il n'aurait été pris pour toutes qu'une inscription, renfermant la même élection de domicile[10].

de trente jours, à l'expiration duquel il est déchu de la faculté de purger. Delvincourt, III, p. 366. Persil, sur l'art. 2169, nº 1. Duranton, XX, 239 et 369. Troplong, III, 793 *bis*, et IV, 916. Pont, nº 1149. Bruxelles, 6 février 1823, Sir., 24, 2, 175. Caen, 9 août 1824, Sir., 25, 2, 336. Orléans, 4 juillet 1828, Sir., 29, 2, 56. Toulouse, 7 décembre 1830, Sir., 31, 2, 165. Amiens, 10 mai 1837, Sir., 38, 2, 196. Paris, 6 octobre 1842, Sir., 42, 2, 536. Req. rej., 25 novembre 1862, Sir., 63, 1, 149. — Un commandement fait par le vendeur à l'acquéreur de payer le prix de vente, n'équivaut pas à la sommation dont parlent les art. 2169 et 2183, et ne constitue pas ce dernier en demeure de purger dans le délai de trente jours. Req. rej., 29 novembre 1825, Sir., 26, 1, 156.

[5] La sommation faite par l'un des créanciers inscrits profite donc aux autres, et fait courir en faveur de tous le délai de trente jours, à l'expiration duquel le tiers détenteur se trouve déchu de la faculté de purger. Delvincourt, III, p. 366. Grenier, II, 342. Troplong, III, 795 *bis*. Pont, nºs 1154 et 1299. Riom, 31 mai 1817, Sir., 18, 2, 238. Civ. cass., 29 novembre 1820, Sir., 21, 1, 151. Civ. cass., 30 juillet 1822, Sir., 22, 1, 350. Limoges, 14 juillet 1847, Sir., 47, 2, 625.

[6] Grenier, II, 344. Troplong, IV, 916. Pont, nº 1297. Caen, 17 juin 1823, Sir., 25, 2, 323. Paris, 18 mai 1832, Sir., 32, 2, 402. Toulouse, 29 juin 1836, Sir., 37, 2, 27. Bordeaux, 11 décembre 1839, Sir., 40, 2, 198. Limoges, 14 juillet 1847, Sir., 47, 2, 625.

[7] Req. rej., 25 novembre 1862, Sir., 63, 1, 149. Cpr. § 287, texte nº 1.

[8] Les créanciers qui ne se sont inscrits que postérieurement à la transcription, et ceux que le conservateur a omis de porter sur l'état dont la délivrance a été requise après l'accomplissement de cette formalité, n'ont aucun droit de suite à faire valoir à l'encontre du tiers détenteur, qui se trouve par cela même dispensé de leur notifier son titre d'acquisition. Voy. Loi du 23 mars 1855, art. 6; Code Nap., art. 2198. Tarrible, *Rép.*, vº Transcription, § 4, nº 2.

[9] Cpr. § 276, texte et note 19. Pont, nº 1303.

[10] Pont, nº 1301. Bourges, 9 janvier 1857, Sir., 57, 2, 254.

Le défaut de notification à l'un des créanciers inscrits ne vicie pas, à l'égard des autres, la procédure à fins de purge [11]. Mais cette procédure est destituée de toute efficacité par rapport au créancier qui, faute de notification, y serait resté étranger [12].

La notification peut se faire d'une manière valable, tant au domicile élu dans l'inscription, qu'à personne ou à domicile général [13]. Mais elle doit, à peine de nullité, être faite par un huissier commis à cet effet, et contenir constitution d'avoué près le tribunal où la surenchère et l'ordre seront portés. Code de procédure civile, art. 832, al. 1, et 838, al. 2.

La notification doit, aux termes de l'art. 2183, contenir les documents suivants :

α Un extrait du titre d'acquisition indiquant : la date et la qualité de cet acte ; le nom et la désignation précise de la personne dont il émane ; la nature et la situation de l'immeuble acquis, et s'il s'agit d'un corps de biens, la dénomination générale du domaine et des arrondissements dans lesquels il est situé ; enfin le prix d'acquisition et les charges qui en font partie, ou l'évaluation de l'immeuble, si l'aliénation en a eu lieu autrement qu'à titre de vente, par exemple à titre de donation, ou par voie d'échange [14].

β Un extrait de la transcription, c'est-à-dire de la mention par laquelle le conservateur a constaté l'accomplissement de cette formalité.

γ Un tableau sur trois colonnes, dont la première indique la date des hypothèques et celle des inscriptions ; la seconde, le nom des créanciers ; la troisième, le montant des créances inscrites [15].

Par charges faisant partie du prix de la vente il faut entendre toutes les sommes ou prestations que, pour devenir propriétaire

[11] Grenier, II, 440. Duranton, XX, 375. Pont, nº 1302. Req. rej., 28 mai 1817, Sir., 18, 1, 297. Toulouse, 29 juin 1836, Sir., 37, 2, 27.

[12] Grenier et Pont, *locc. citt.* Troplong, IV, 920. Cpr. Nîmes, 25 mai 1857, Sir., 57, 2, 609.

[13] L'élection de domicile étant uniquement prescrite dans l'intérêt des tiers qui peuvent avoir des significations à faire aux créanciers hypothécaires, rien ne s'oppose à ce qu'en renonçant aux facilités introduites en leur faveur, les tiers fassent à personne ou à domicile général les significations qu'ils auraient à adresser à ces créanciers. Cpr. 146, texte et note 17 ; texte et note 9 *supra*. Persil, sur l'art. 2183, nº 3. Grenier, II, 439. Martou, IV, 1404.

[14] Grenier, II, 455. Troplong, IV, 925. Pont, nº 1307. Paris, 28 juin 1847, Sir., 47, 2, 409.

[15] Cpr. Req. rej., 14 mars 1853, Sir., 53, 1, 261.

de l'immeuble, l'acquéreur s'est obligé de payer ou de fournir en sus du prix proprement dit, soit au vendeur lui-même, soit à ses créanciers à sa décharge, soit à des tiers qu'il en a gratifiés, et dont le paiement ou l'accomplissement doit ainsi tourner directement ou indirectement au profit de ce dernier [16].

Telle est l'obligation imposée à l'acquéreur d'acquitter des frais qui ne seraient pas de plein droit à sa charge [17], et notamment des frais de purge [18]. Tel est encore l'engagement contracté par l'acquéreur de payer des contributions échues avant l'époque à laquelle se trouve fixée ou reportée son entrée en jouissance [19].

On ne saurait, au contraire, considérer comme une charge faisant partie du prix, l'obligation spécialement imposée à l'acquéreur d'acquitter, soit des frais que de plein droit il est tenu de supporter [20], soit les intérêts du prix [21], soit enfin des billets de

[16] Civ. cass., 25 novembre 1811, Sir., 12, 1, 85. Civ. cass., 3 avril 1815, Sir., 15, 1, 206. Nancy, 18 mai 1827, Sir., 27, 2, 232. Bordeaux, 4 mai 1833, Sir., 33, 2, 507.

[17] Persil, *Commentaire de la loi du 2 juin 1841*, n° 437. Civ. cass., 15 mai 1811, Sir., 11, 1, 257. Civ. cass., 2 novembre 1813, Sir., 14, 1, 11. Riom, 29 mars 1816, Sir., 17, 2, 356. Pau, 23 juin 1833, Sir., 33, 2, 644. Bordeaux, 14 décembre 1827, Dalloz, 1828, 2, 90. Montpellier, 5 décembre 1835, Sir., 37, 2, 202. — Sur le point de savoir quels sont les frais qui sont ou non de plein droit à la charge de l'acquéreur, voy. art. 1593 et § 353.

[18] La question de savoir à la charge de laquelle des parties, du vendeur ou de l'acquéreur, se trouvent de plein droit les frais de purge, est fortement controversée. Nous maintenons, par arg. de l'art. 774 du Code de procédure (ancien art. 777), l'opinion que nous avons émise à la note 2 du § 353, et d'après laquelle ces frais incombent en principe au vendeur. Aux autorités citées dans cette note, *adde* dans ce sens : Toulouse, 27 février 1856, Sir., 56, 2, 329 ; Civ. cass., 22 avril 1856, Sir., 56, 1, 849 ; en sens contraire : Colmar, 11 juin 1809, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 87 ; Toulouse, 24 novembre 1855, Sir., 56, 2, 110 ; Grenoble, 7 janvier 1857, Sir., 58, 2, 560.

[19] Troplong, IV, 936. Persil, *op. cit.*, n° 438. Bourges, 1er août 1829, Sir., 30, 2, 202. Voy. en sens contraire : Req. rej., 11 janvier 1825, Sir., 25, 1, 410. Cet arrêt, sans portée au point de vue des principes, ne renferme en réalité qu'une solution d'espèce.

[20] Req. rej., 26 février 1822, Sir., 23, 1, 305. — Si l'acquéreur s'était soumis à payer, pour couvrir les frais de l'acquisition, une certaine quotité de centimes par franc, l'excédant de ces centimes sur les frais qui sont de plein droit à supporter par lui, constituerait une charge faisant partie du prix.

[21] Les intérêts, qui sont la représentation de la jouissance de l'immeuble, ne forment point une charge en sus du prix. L'acquéreur d'ailleurs en est de plein droit tenu vis-à-vis des créanciers hypothécaires, à partir de la notification à fins de purge. Cpr. texte et note 41 *infra*. Persil, *op. cit.*, n° 439. Pont, n° 1319. Rouen, 4 juillet 1828, Sir., 29, 2, 217. Rouen, 17 novembre 1838, Sir., 39, 2, 19.

primes d'assurances à écheoir après son entrée en jouissance[22].

Lorsque, parmi les charges imposées à l'acquéreur, il en est qui sont à considérer comme faisant partie du prix, et d'autres qui ne revêtent pas ce caractère, celui-ci n'est point obligé de distinguer les premières des dernières, et il satisfait suffisamment au vœu de la loi en indiquant indistinctement les unes et les autres[23].

Mais, si le prix ou les charges qui en font partie consistaient dans des prestations en nature ou dans une rente viagère, l'acquéreur devrait, à peine de nullité, en faire l'évaluation en argent ou en capital[24].

La question de savoir quelles sont les omissions ou inexactitudes qui entraînent la nullité de la notification prescrite par l'art. 2183, doit se résoudre au moyen d'une distinction qu'indique l'objet même de cette notification, destinée à fournir aux créanciers les renseignements nécessaires pour apprécier s'il leur convient ou non de surenchérir, et pour les mettre à même de le faire, le cas échéant, d'une manière régulière. Elle se décidera donc dans le sens de l'affirmative ou de la négative, suivant que ces omissions ou inexactitudes seront ou non de nature à gêner le libre exercice de l'option et de la faculté dont s'agit[25].

Par application de cette règle, il a été jugé que la notification est nulle, lorsque le prix déclaré par l'acquéreur est inférieur à celui

[22] Angers, 16 avril 1834, Sir., 34, 2, 387.

[23] Civ. cass., 2 novembre 1813, Sir., 14, 1, 11.

[24] Delvincourt, III, part. I, p. 173, et part. II, p. 364. Persil, sur l'art. 2183. Grenier, II, 455. Troplong, IV, 925. Martou, IV, 1396. Paris, 5 février 1814, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Hypothèque, p. 386. Voy. en sens contraire : Pont, n° 1312 ; Civ. cass., 3 avril 1815, Sir., 15, 1, 207 ; Aix, 2 février 1821, Sir., 23, 2, 9 ; Req. rej., 11 mars 1829, Sir., 29, 1, 89. Vainement dit-on, à l'appui de cette dernière opinion, que la règle posée au texte dépasse les exigences de la loi. Si l'art. 2183 ne soumet pas expressément l'acquéreur à la nécessité d'évaluer en argent ou en capital les prestations en nature ou la rente viagère qui constituent tout ou partie de son prix, cette nécessité découle virtuellement de l'obligation que lui impose l'art. 2184 d'offrir le paiement immédiat des dettes hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix, c'est-à-dire de la somme d'argent qui le constitue, ou qui représente en numéraire et en capital les charges à lui imposées en retour de la transmission de la propriété de l'immeuble. L'évaluation de ces charges est absolument nécessaire pour faire connaître d'une manière positive aux créanciers hypothécaires le montant de l'offre qui leur est faite à titre de prix, et pour les mettre en demeure de l'accepter ou d'exercer la faculté de surenchérir qui leur compète.

[25] Cpr. § 37, texte et note 9 ; Pont, n° 1322 ; Paris, 6 mai 1844, Sir., 44, 2, 545 ; Req., rej., 14 mars 1853, Sir., 53, 1, 261.

qui se trouve porté au contrat [26]; et qu'au contraire elle n'est pas nulle dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire lorsque le prix indiqué est supérieur au prix stipulé [27].

c. Enfin, la troisième condition imposée au tiers détenteur est de déclarer dans l'acte renfermant la notification dont il vient d'être parlé, qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ, jusqu'à concurrence du prix, toutes les dettes et charges hypothécaires, sans distinction des dettes exigibles et de celles qui ne le sont pas, soit parce que le terme de paiement ne se trouve pas encore échu, soit parce qu'elles consistent en rentes, perpétuelles ou viagères, dont le capital est inexigible [28]. Art. 2184.

L'offre doit porter non-seulement sur le prix proprement dit, mais encore sur les charges qui en font partie [29].

Quelles que puissent être les stipulations du contrat d'acquisition, comme ces stipulations ne sont point opposables aux créanciers hypothécaires, en tant qu'elles auraient pour résultat de modifier les conditions légales auxquelles la faculté de purger se trouve subordonnée, l'offre de payer le prix n'en doit pas moins être pure et simple et intégrale; elle n'admet donc, ni délai [30], ni réserve [31], ni retenue [32].

[26] Turin, 2 mars 1811, Sir., 11, 2, 371. Voy. aussi dans ce sens : Persil, sur l'art. 2183, nº 8; Grenier, II, 439; Duranton, XX, 387. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 364; Troplong, IV, 924. Ces derniers auteurs n'ont pas remarqué que la dissimulation d'une partie du prix aura presque toujours pour résultat de forcer les créanciers à recourir au remède extrême, périlleux et coûteux, de la surenchère, dont à leur grand profit ils auraient pu s'abstenir, s'ils avaient été informés du véritable état des choses, et qu'ainsi cette dissimulation vicie dans son essence la notification dont l'objet est précisément de les mettre en situation d'exercer en pleine connaissance de cause l'option qui leur appartient.

[27] Civ. cass., 3 avril 1815, Sir., 15, 1, 206. Delvincourt, Troplong et Duranton, *locc. citt.* — Il est bien entendu que l'acquéreur devra, dans cette hypothèse, verser la totalité du prix par lui déclaré, sans pouvoir se libérer au moyen de la somme portée au contrat. Cpr. Req. rej., 21 mars 1820, Sir., 20, 1, 327; Paris, 13 décembre 1834, Sir., 35, 2, 331; Paris, 27 novembre 1841, Sir., 42, 2, 50.

[28] Nîmes, 23 frimaire an XIV, Sir., 6, 2, 82. Caen, 17 juin 1823, Sir., 25, 2, 323. Caen, 24 janvier 1827, Sir., 28, 2, 175.

[29] C'est ce qui ressort évidemment du rapprochement des art. 2184 et 2183, nº 1.

[30] L'acquéreur qui veut purger est tenu de renoncer au bénéfice des termes qui lui avaient été accordés par le vendeur. Liége, 18 avril 1806, Sir., 6, 2, 200. Bordeaux, 8 juillet 1814, Sir., 15, 2, 6. Voy. aussi les deux arrêts de Caen cités à la note 28 *supra*.

[31] Pont, nº 1318. Toulouse, 17 juillet 1844, Sir., 45, 2, 182.

[32] Ainsi l'acquéreur ne peut se prévaloir de la clause par laquelle il a été

Une offre qui contreviendrait à l'une ou l'autre de ces conditions, ou qui ne s'expliquerait pas d'une manière satisfaisante sur le paiement, jusqu'à concurrence du prix, des dettes hypothécaires, serait nulle, et cette nullité entraînerait celle de la notification.

Mais il n'est pas absolument nécessaire que le tiers détenteur se serve, pour formuler son offre, des termes mêmes employés par la loi ; il suffit que l'engagement de se conformer aux dispositions qu'elle prescrit à ce sujet ressorte clairement de sa déclaration [33].

L'offre faite en conformité de l'art. 2184, emporte par elle-même, et dès avant toute acceptation de la part des créanciers hypothécaires, un engagement personnel, que le tiers détenteur n'est plus admis à rétracter unilatéralement [34], et auquel il ne lui est pas permis de se soustraire même indirectement [35]. Il y a mieux, il ne pourrait demander la réduction de son offre sous prétexte d'une diminution de prix à laquelle il aurait eu droit [36]. Mais il serait recevable à opérer, au moyen d'une nouvelle notification, le redressement d'une erreur matérielle qu'il aurait com-

stipulé qu'une partie du prix se compenserait avec ce que le vendeur lui doit: Il est tenu d'offrir le paiement de l'intégralité de son prix. Liége, 8 mai 1811, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Hypothèques, IX, p. 385, note 3.

[33] Pont, n° 1317. Turin, 2 mars 1811, Sir., 11, 2, 371. Req. rej., 28 mai 1817, Sir., 18, 1, 297.

[34] Persil, sur l'art. 2184, n° 12. Grenier, II, 458. Cpr. Pont, n° 1320. Voy. en sens contraire: Troplong, IV, 931 et 931 *bis*. Cet auteur enseigne que le tiers détenteur peut, jusqu'à l'expiration des quarante jours donnés aux créanciers pour exercer la faculté de surenchérir, se dédire valablement de son offre, à moins que ces derniers ne l'aient expressément acceptée. Il est vrai qu'une offre peut en général être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée. Mais ce principe est nécessairement soumis à modification dans le cas où l'offre, ayant été faite sous condition d'option dans un certain délai, implique virtuellement l'engagement de la maintenir durant ce délai. Cette modification doit d'autant mieux être admise dans l'hypothèse qui nous occupe, que le silence des créanciers pendant les quarante jours qui leur sont accordés pour surenchérir, emporte de leur part acceptation de l'offre faite par le tiers détenteur, et qu'ainsi ils doivent, durant ce délai même, être considérés comme acceptant, aussi longtemps et par cela seul qu'ils n'ont pas manifesté une volonté contraire.

[35] Ainsi, par exemple, l'acquéreur subrogé aux droits d'un précédent vendeur non payé, ne peut plus demander, du chef de ce dernier, la résolution de la première vente, pour faire tomber sa propre acquisition, et se soustraire ainsi à l'obligation personnelle qu'il a contractée envers les créanciers de son propre vendeur. Civ. rej., 4 février 1857, Sir., 58, 1, 394. Voy. en sens contraire: Poitiers, 13 mai 1846, Sir., 47, 2, 416.

[36] Cpr. Paris, 13 décembre 1834, Sir., 35, 2, 331. Voy. cep. Grenoble, 14 juin 1849, Sir., 52, 2, 273.

mise dans l'indication du prix[37]. Que si, postérieurement à ses offres, et même après l'expiration du délai de surenchère, le tiers détenteur venait à subir une éviction partielle, il serait autorisé à demander dans l'ordre une réduction du prix par lui offert, et même, le cas échéant, à répéter *condictione indebiti* l'indemnité qui lui serait due[38].

L'engagement personnel dont il s'agit a cela de particulier que, n'étant contracté par l'acquéreur qu'en sa qualité de tiers détenteur, il ne lui fait point perdre cette qualité et ne l'oblige, envers les créanciers au profit desquels il a été pris, que dans la mesure de leurs droits hypothécaires. Il en résulte que l'acquéreur, nonobstant cet engagement, conserve la faculté de discuter les droits de ces créanciers[39], ainsi que celle de leur opposer, comme tiers détenteur, la prescription de dix à vingt ans, qui n'est, ni interrompue, ni, à plus forte raison, prorogée à trente ans, par les notification et déclaration faites en vertu des art. 2183 et 2184[40].

[37] *Error calculi non nocet.* La nouvelle notification à faire en pareil cas par le tiers détenteur aurait pour effet de rouvrir le délai de surenchère, dont elle formerait le point de départ.

[38] Cpr. § 355, texte nº 1 et note 21. Grenoble, 25 mai 1863, Sir., 64, 2, 124. Voy. aussi pour le cas de perte ou de détérioration de l'immeuble, texte nº 4 et note 98 *infra*.

[39] Bordeaux, 15 janvier 1835, Sir., 35, 2, 248.

[40] Les auteurs se prononcent généralement en sens contraire, en se fondant sur l'engagement personnel contracté par le tiers détenteur, engagement qui, disent-ils, ne peut s'éteindre que par la prescription de trente ans. Grenier, II, 516. Fœlix et Henrion, *Des rentes foncières*, nº 200, p. 425. Troplong, IV, 883 *bis*. De Fréminville, *Des minorités*, I, p. 469. Zachariæ, § 293, texte et note 9. Pont, nº 1249. Voy. encore dans ce sens : Riom, 2 janvier 1858, Sir., 58, 2, 188. Cpr. aussi Nîmes, 25 mai 1857, Sir., 57, 2, 609. L'argumentation des auteurs précités n'est, à notre avis, que le résultat d'une confusion. L'engagement pris par le tiers détenteur, conformément à l'art. 2184, ne se prescrit, il est vrai, que par trente ans. Mais là n'est pas la question, qui est de savoir ce que comporte un pareil engagement, s'il renferme reconnaissance des droits des créanciers hypothécaires, et renonciation à se prévaloir des exceptions et moyens à l'aide desquels ces droits seraient susceptibles d'être contestés ou écartés. Or, la négative de la question ainsi posée nous paraît indubitable. En adressant à tous les créanciers inscrits la notification et la déclaration prescrites par les art. 2183 et 2184, le tiers détenteur ne fait que se conformer à la marche que lui trace la loi pour purger son acquisition, et l'accomplissement de cette formalité légale ne saurait dès lors être considéré comme constituant de sa part une reconnaissance des droits de ces créanciers. On pourrait encore objecter que les créanciers hypothécaires n'étant plus admis après la notification à fins de purge à adresser

Par l'effet même de l'offre de payer le prix stipulé ou déclaré, le tiers détenteur se trouve virtuellement soumis à l'obligation d'en solder les intérêts à dater du jour même de cette offre [41]. Il devrait ces intérêts aux créanciers hypothécaires, bien que par son contrat il eût été dispensé d'en payer au vendeur. Il ne pourrait, même dans ce cas, se soustraire à cette obligation par une réserve contraire insérée dans sa notification, à moins cependant que la dispense du paiement des intérêts n'eût été restreinte à un délai préfixe, et qu'ainsi les intérêts auxquels cette dispense s'appli-

au tiers détenteur la sommation de payer ou de délaisser, et se trouvant ainsi dans l'impossibilité d'interrompre la prescription de dix à vingt ans, ils doivent être garantis contre cette prescription par la maxime *Agere non valenti, non currit præscriptio.* Mais cette objection ne serait rien moins que décisive, parce que les créanciers pourront toujours interrompre la prescription dont s'agit, soit en poursuivant l'ordre, soit, au besoin, au moyen d'une action en déclaration d'hypothèque. Voy. en ce sens : Bordeaux, 15 janvier 1835, Sir., 35, 2, 248 ; Civ. rej., 6 mai 1840, Sir., 40, 1, 809 ; Bourges, 3 février 1843, Sir., 44, 2, 35 ; Douai, 17 novembre 1863, Sir., 64, 2, 253. Cpr. aussi Req. rej., 7 novembre 1838, Sir., 39, 1, 428.

[41] Deux autres solutions ont été proposées au sujet de la question décidée au texte. Dans un premier système, l'acquéreur serait comptable envers les créanciers hypothécaires, non-seulement des intérêts à échoir depuis le jour de son offre, mais même de ceux échus antérieurement, à supposer qu'ils fussent encore dus au vendeur, aux droits duquel ces créanciers se trouveraient virtuellement subrogés par l'effet même de cette offre. Troplong, IV, 929 et 930. Paris, 10 juin 1833, Sir., 33, 2, 451. Orléans, 11 janvier 1853, Sir., 53, 2, 393. Cpr. aussi : Amiens, 10 juillet 1824, Sir., 24, 2, 382 ; Req. rej., 15 février 1847, Sir., 47, 1, 511. D'après un second système, l'acquéreur ne devrait les intérêts de son prix aux créanciers hypothécaires que du jour de l'acceptation expresse de l'offre par lui faite, ou, à défaut d'une pareille acceptation, à partir seulement de l'expiration du délai de quarante jours accordé aux créanciers pour surenchérir. Martou, IV, 1427. Pont, nos 1319 et 1337. Ces deux systèmes doivent être rejetés. Le premier ne repose que sur une prétendue subrogation légale, dont on ne trouve aucune trace dans la loi. Le second, qui se rattache à une opinion que nous avons déjà combattue à la note 20 du § 280, ne tient pas compte de la rétroactivité, par suite de laquelle les effets de l'acceptation expresse ou tacite des offres de l'acquéreur, remontent au jour même où elles ont été faites. Grenier, II, 444. Rouen, 16 juillet 1844, Sir., 45, 2, 389. Cpr. aussi Paris, 24 avril 1845, Sir., 45, 2, 385. — Il est du reste bien entendu qu'en l'absence de toute opposition, de la part des créanciers chirographaires, à ce que les intérêts qui ont couru depuis le jour de la vente jusqu'à celui de la notification, soient distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque, l'acquéreur qui en serait encore débiteur et le vendeur n'auraient de leur côté aucun intérêt légitime à s'y opposer. C'est ainsi que les choses se passent d'ordinaire dans la pratique, lorsque la purge a lieu peu de temps après l'acquisition.

querait, ne dussent être considérés comme compris dans le prix [42].

La notification prescrite par les art. 2183 et 2184 doit, à peine de nullité, être faite par un huissier commis, et contenir constitution d'avoué près le tribunal où l'ordre devra être ouvert. Code de procédure, art. 832, al. 1, et 838.

La nullité dont se trouverait entachée la notification faite par l'acquéreur à tel ou tel des créanciers, est purement relative, et ne peut être invoquée que par ce créancier; le vendeur et les autres créanciers auxquels auraient été adressées des significations régulières, ne seraient pas recevables à l'opposer [43].

Cette nullité d'ailleurs est susceptible de se couvrir par la renonciation expresse ou tacite de la personne admise à la proposer [44]. Une simple réquisition de mise aux enchères n'emporte pas nécessairement renonciation tacite au droit de la faire valoir [45].

En cas d'annulation de la procédure faite par l'acquéreur, les créanciers à la requête desquels cette annulation a été prononcée, sont autorisés à poursuivre contre lui l'expropriation des immeubles affectés à leurs créances, conformément aux règles exposées au § 287.

[42] En principe, les créanciers hypothécaires ont, comme tels, droit aux fruits de l'immeuble hypothéqué, ou aux intérêts du prix qui les représentent, à partir du moment où leur hypothèque se réalise d'une manière effective. Art. 2176. Code de procéd., art. 682 et 685. Or, c'est ce qui a lieu en cas de purge par l'effet de la notification de l'offre que leur adresse l'acquéreur. Ce droit, dérivant de l'hypothèque même, ne peut être enlevé aux créanciers par une stipulation contraire insérée au contrat de vente : une pareille stipulation ne leur serait point opposable. Toutefois, s'il résultait des circonstances, et notamment de celle qui se trouve indiquée au texte, que les intérêts ont été cumulés avec le prix, et que ce dernier en a été augmenté d'autant, les créanciers hypothécaires ne seraient pas fondés à les exiger une seconde fois, et la clause portant dispense du paiement des intérêts devrait recevoir son application même à leur égard. C'est au moyen de cette distinction que semblent devoir se concilier les décisions en apparence contradictoires de la jurisprudence. Voy. Req. rej., 17 février 1820, Sir., 39, 1, 435, à la note; Bordeaux, 26 juillet 1831, Sir., 32, 2, 195 ; Bordeaux, 19 juin 1835, Sir., 36, 2, 28 ; Civ. rej., 29 avril 1839, Sir., 39, 1, 435 ; Montpellier, 13 mai 1841, Sir., 41, 2, 447 ; Civ. cass., 24 novembre 1841, Sir., 41, 1, 333. Cpr. aussi : Req. rej., 24 mars 1841, Sir., 41, 1, 366; Civ. rej., 4 novembre 1863, Sir., 64, 1, 121.

[43] Cpr. texte et note 11 *supra*. Pont, n° 1323. Orléans, 14 juillet 1846, Sir., 47, 2, 100. Civ. rej., 9 novembre 1858, Sir., 59, 1, 49.

[44] Pont, n° 1324. Toulouse, 29 juin 1836, Sir., 37, 2, 27.

[45] Pont, *loc. cit.* Bordeaux, 6 juillet 1814, Sir., 15, 2, 6.

2° *Du droit qui appartient aux créanciers hypothécaires de requérir la mise aux enchères des immeubles dont le tiers détenteur poursuit la purge.*

a. La loi, en accordant au tiers détenteur d'immeubles grevés d'hypothèques la faculté de les en affranchir au moyen de la purge, a reconnu en même temps aux créanciers le droit de requérir la mise aux enchères de ces immeubles pour empêcher que, par suite d'aliénations consenties à un prix inférieur à leur véritable valeur, le gage hypothécaire ne se trouve amoindri. Art. 2185, al. 1.

Le droit de requérir la mise aux enchères, qui forme ainsi le correctif de la faculté de purger, est donc subordonné à l'exercice de cette faculté. Il en résulte qu'une réquisition de mise aux enchères faite avant toute notification aux fins de purge, devrait être rejetée comme prématurée [46].

b. Le droit de requérir la mise aux enchères appartient, en principe, à tout créancier pourvu d'un privilége ou d'une hypothèque efficace en ce qui concerne le droit de suite. Il compète donc aux créanciers à hypothèque légale dispensée d'inscription, sans que, pour l'exercer, ils soient tenus de s'inscrire au préalable [47]. Il compète de même au vendeur dont le contrat a été transcrit, bien que le conservateur ait omis d'inscrire d'office son privilége. Mais il n'appartiendrait pas aux créanciers privilégiés indiqués en l'art. 2101, s'ils n'avaient pas pris inscription avant la transcription de l'acte d'aliénation.

Par exception à ce principe, les créanciers dont le privilége ou l'hypothèque est soumis à la formalité de l'inscription pour devenir efficace en ce qui concerne le droit de suite, ne seraient pas reçus à réclamer la mise aux enchères, si leurs inscriptions n'avaient point été portées sur le certificat requis par le tiers détenteur après la transcription de son titre [48].

[46] Bedarride et Chauveau, *Journal des avoués*, LXIII, p. 641, LXXVI, p. 636. Pont, n° 1354. Limoges, 24 avril 1863, Sir., 63, 2, 266. Voy. en sens contraire: Limoges, 22 mars 1843, Sir., 44, 2, 198 ; Rennes, 9 août 1849, Sir., 51, 2, 731 ; Limoges, 20 février 1858, Sir., 58, 2, 246. Cette dernière opinion doit être rejetée, parce qu'elle donnerait aux créanciers hypothécaires le moyen d'évincer le tiers détenteur, qui ne veut pas user de la faculté de purger, autrement que par une poursuite en expropriation forcée, alors que cette voie est cependant la seule que la loi leur ouvre à cet effet. Art. 2169.

[47] Voy. § 269, texte n° 2 et note 8.

[48] Voy. § 293, texte n° 4 et note 18.

Le droit de requérir la mise aux enchères appartient non-seulement au titulaire originaire de la créance hypothécaire, mais encore à son cessionnaire [49], ou au créancier subrogé à son hypothèque, et même à ses créanciers simplement chirographaires, agissant en vertu de l'art. 1166 [50].

Quant à l'usufruitier d'une créance hypothécaire, il ne peut requérir la mise aux enchères qu'autant que l'inscription a été prise tant à son profit que dans l'intérêt du nu-propriétaire [51].

Il n'y a pas, quant à l'exercice du droit de requérir la mise aux enchères, de différence à faire entre les créanciers dont les créances se trouvent actuellement exigibles, et ceux dont les créances sont à terme ou soumises à une condition non encore accomplie. Ces derniers sont, tout aussi bien que les premiers, admis à exercer le droit dont s'agit.

Mais le créancier soumis, pour une cause quelconque, à l'obligation de garantir l'éviction que souffrirait le tiers détenteur, n'est pas recevable à requérir la mise aux enchères [52]. Il en est de même de celui qui a expressément ou tacitement renoncé au droit de faire cette réquisition [53].

c. La réquisition de mise aux enchères ne peut être écartée, ni sous le prétexte que le prix offert par le tiers détenteur serait suffisant pour acquitter toutes les charges hypothécaires [54], ni au moyen de l'offre que ferait ce dernier de garantir, par un cautionnement, le paiement des sommes dues au requérant [55].

[49] Cpr. § 359 *bis*, texte et note 31.

[50] Ce droit, en effet, ne saurait, à aucun point de vue, être considéré comme exclusivement attaché à la personne du créancier. Persil, *Commentaire de la loi du 2 juin 1841*, nos 428 et 429. Petit, *Des surenchères*, p. 333. Dalloz, *Jur. gén.*, vo Surenchère, no 61.

[51] En effet l'usufruitier, qui n'est pas admis à requérir la mise aux enchères au nom du nu-propriétaire, ne peut la réclamer en son propre nom, comme tout autre créancier hypothécaire, que sous la condition d'une inscription prise à son profit personnel.

[52] Arg. art. 2191. *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Merlin, *Rép.*, vo Transcription, § 5, no 5. Pont, no 1346. Civ. rej., 8 juin 1853, Sir., 53, 1, 508. Req. rej., 30 janvier 1861, Sir., 61, 1, 337. — Mais la maxime précitée ne serait pas opposable au créancier personnel d'un colicitant, ayant hypothèque sur la part indivise de ce dernier, lorsqu'il s'agit d'immeubles adjugés à un étranger. Dijon, 7 mars 1855, Dalloz 1855, 2, 127.

[53] Pont, no 1345. Cpr. Paris, 18 février 1826, Sir., 28, 2, 21 ; Req. rej., 9 avril 1839, Sir., 39, 1, 276.

[54] Paris, 3 février 1832, Dalloz, *Jur. gén.*, vo Surenchère, no 51.

[55] Grenoble, 11 juin 1825, Sir., 26, 2, 226.

Mais l'acquéreur et le vendeur seraient admis à contester la validité de la réquisition de mise aux enchères, en se fondant sur la nullité ou l'extinction du titre du requérant. L'acquéreur pourrait également le faire, en invoquant la nullité de l'inscription [56].

La réquisition de mise aux enchères, quoique constituant en elle-même et dans son but un acte conservatoire, exige cependant, eu égard à l'engagement auquel elle est subordonnée et à la forme sous laquelle elle doit se produire, que celui dont elle émane ait la capacité de s'obliger et d'ester en justice [57].

Il résulte de là qu'une femme mariée, même séparée de biens, ne peut former, sans l'autorisation de son mari ou de la justice, une surenchère définitivement valable [58]. Toutefois, comme le vice résultant du défaut d'autorisation est purement relatif, le tiers acquéreur n'est pas admis à s'en prévaloir pour demander la nullité de la surenchère, qui pourra être régularisée par une autorisation accordée même après l'expiration du délai fixé par l'art. 2185 [59]. Seulement devrait-on admettre son refus de procéder sur l'assignation à lui donnée pour la réception de la caution, tant que l'autorisation ne serait pas rapportée, et même la demande tendant à ce que, faute par la femme de produire cette autorisation dans un délai à fixer par le tribunal, la réquisition de mise aux enchères fût définitivement rejetée [60].

Les mêmes solutions s'appliquent à la surenchère formée par un mineur émancipé ou par un individu soumis à un conseil judiciaire, sans l'assistance de son curateur ou de son conseil [61].

[56] Toulouse, 30 janvier 1834, Sir., 34, 2, 241. Caen, 29 février 1844, Sir., 44, 2, 299.

[57] La réquisition de mise aux enchères a un caractère mixte, dont il faut tenir compte pour résoudre les questions de capacité auxquelles elle peut donner lieu.

[58] Art. 215 et 217. Troplong, IV, 954. Duranton, XX, 403. Pont, nº 1344. Civ. rej., 14 juin 1824, Sir., 24, 1, 321. Grenoble, 30 août 1850, Sir., 51, 2, 625. Cpr. cep. Bruxelles, 20 avril 1811, Sir., 13, 2, 42. — Toutefois, la femme séparée de biens, et par cela même virtuellement autorisée par le jugement qui a prononcé la séparation à la poursuite de ces droits, n'aurait pas besoin d'une nouvelle autorisation de son mari pour requérir la mise aux enchères d'immeubles vendus par ce dernier. Voy. les autorités citées à la note 71 du § 472.

[59] Art. 225 et 1125. Voy. § 472, texte nº 11 et note 93. Aux autorités citées dans cette note, ajoutez, dans le sens de l'opinion émise au texte, Pont, nº 1344. Cpr. aussi : Grenoble, 11 juin 1825, Sir., 26, 2, 226.

[60] Cpr. § 472, texte nº 11 et note 102; Pont, *loc. cit.*

[61] Nous supposons, bien entendu, que le mineur émancipé, ou l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, persistant dans sa réquisition, continue à procéder d'accord avec son curateur ou son conseil.

Elles s'appliquent également au tuteur, en ce sens qu'il ne peut faire, au nom de son pupille, une surenchère définitivement valable qu'avec l'autorisation du conseil de famille[62] ; et que la réquisition de mise aux enchères qu'il aurait faite sans cette formalité, pourra être ultérieurement régularisée par la production de l'autorisation de ce conseil[63].

Sous le régime dotal, le mari a qualité, et a seul qualité, pour former une réquisition de mise aux enchères à raison d'une créance hypothécaire dotale[64]. Au contraire, sous le régime de communauté, cette réquisition, en ce qui concerne les créances hypothécaires restées propres à la femme, ne peut être faite que par cette dernière elle-même, encore que la jouissance de la créance appartienne à la communauté[65].

d. La réquisition de mise aux enchères est soumise aux règles suivantes :

« Elle doit avoir lieu dans les quarante jours de la notification faite par le tiers détenteur. Art. 2185, n° 1. Ce délai court, pour chaque créancier individuellement, à partir de la notification qui lui a été adressée, et ne se trouverait pas prorogé à raison de la circonstance que d'autres créanciers n'auraient reçu que plus tard cette notification[66].

Ce délai s'augmente d'un jour par 5 myriamètres de distance entre le domicile élu et le domicile réel du créancier requérant[67]. Les fractions de moins de 4 myriamètres ne se comptent pas ; celles de 4 myriamètres et au-dessus comptent pour un jour[68]. Le

[62] Grenier, II, 459. Troplong, IV, 955. De Fréminville, *De la minorité*, I, 348. Voy. en sens contraire : Pont, n° 1343 ; Rouen, 6 janvier 1846 ; et Bourges, 2 avril 1852, Sir., 53, 2, 385.

[63] Voy. § 114, texte et notes 9 à 11.

[64] Voy. § 535, texte n° 1 et note 7.

[65] Req. rej., 16 décembre 1840, Sir., 41, 1, 11.

[66] Troplong, IV, 933. Petit, *op. cit.*, p. 365. Pont, n° 1354. Paris, 27 mars 1811, Sir., 11, 2, 164. Req. rej., 10 mai 1853, Sir., 53, 1, 702.

[67] L'art. 2185 du Code Napoléon accordait une augmentation de deux jours pour 5 myriamètres. Mais il a été modifié sous ce rapport par l'art. 4, al. 2 et 3, de la loi du 3 mai 1862. — Y a-t-il lieu à une augmentation quelconque de délai en faveur des créanciers domiciliés en pays étranger ? Voy. pour la négative : Civ. rej., 26 novembre 1828, Sir., 29, 1, 18.

[68] La question de savoir si les fractions de 5 myriamètres devaient donner lieu à une augmentation du délai, était autrefois controversée. Mais cette question a été tranchée dans le sens indiqué au texte par l'art. 4, al. 5, de la loi du 3 mai 1862.

jour *a quo* reste en dehors de la supputation du délai [69]; mais le jour *ad quem* en est le dernier jour utile, à moins qu'il ne tombe sur un jour férié, auquel cas le délai n'expire que le lendemain [70].

Ce délai court d'ailleurs contre toute personne indistinctement, même contre les mineurs et les interdits [71].

β La réquisition de mise aux enchères doit contenir soumission, de la part du requérant, de porter ou de faire porter l'immeuble à un dixième en sus du prix indiqué par l'acquéreur et des charges qui en font partie [72]. Art. 2185, n° 2.

γ L'acte de réquisition doit également contenir l'offre de donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges, ainsi que du dixième en sus [73], avec indication nominative de la personne présentée comme caution [74]. Art. 2185, n° 5. Code de procéd., art. 832, al. 2. Rien ne s'oppose du reste à ce que le requérant présente comme cautions plusieurs personnes [75].

La caution doit réunir les conditions de capacité, de solvabilité, et de domicile, exigées par l'art. 2018. Art. 2040, al. 1. Ainsi, elle doit avoir son domicile général dans le ressort de la Cour impériale où elle est fournie [76]. Ainsi encore, sa solvabilité s'apprécie

[69] *Dies a quo non computatur in termino.* Voy. § 49, texte et note 14. Chauveau sur Carré, nos 2313 et 2459. Petit, *op. cit.*, p. 369. Paris, 18 juillet 1819, Sir., 20, 2, 69.

[70] Loi du 3 mai 1862, art. 4, al. 6. Cette disposition établit une nouvelle exception à la règle d'après laquelle les délais ne sont point prorogés au lendemain, lorsqu'ils expirent un jour férié. Cpr. § 49, texte, notes 16 et 17.

[71] Cpr. § 771, texte et note 14. Chauveau sur Carré, n° 2497 *bis*. Cpr. Grenoble, 27 décembre 1821, Sir., 22, 2, 364.

[72] Quoique le n° 2 de l'art. 2185 ne parle que du *prix*, il est évident que cette expression comprend virtuellement les charges qui en font partie. Troplong, IV, 935. Persil, *Commentaire de la loi du 2 juin 1841*, n° 435. — Voy. sur ce qu'il faut entendre par *les charges faisant partie du prix*, texte n° 1 et notes 16 à 22 *supra;* Rennes, 19 février 1863, Sir., 64, 2, 160.

[73] C'est évidemment à tort que la Cour de Rennes a jugé, par arrêt du 29 mai 1812 (Sir., 15, 2, 104), que l'obligation de fournir caution ne s'étend pas au dixième en sus. Delvincourt, III, p. 369. Chauveau sur Carré, n° 2480. Troplong, IV, 947. Pont, n° 1372. Petit, *op. cit.*, p. 504. Civ. cass., 10 mai 1820, Sir., 20, 1, 358.

[74] Les difficultés qui s'étaient élevées sur ce point ont été résolues dans le sens indiqué au texte par la loi du 2 juin 1841, modificative du Code de procédure.

[75] Persil, sur l'art. 2185, n° 18. Paris, 3 août 1812, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV. Req. rej., 4 avril 1826, Sir., 26, 1, 353. Toulouse, 2 août 1827, Sir., 28, 2, 108. Bordeaux, 20 août 1831, Dalloz, 1833, 2, 80. Voy. cep. Grenier, II, 448.

[76] Il ne suffirait pas que la caution, domiciliée hors de ce ressort, y eût fait élection de domicile. Petit, *op. cit.*, p. 530. Pont, n° 1374. Riom, 9 avril 1810,

conformément à l'art. 2019, c'est-à-dire d'après la valeur libre de ses propriétés immobilières [77]. Toutefois, elle peut aussi s'établir au moyen d'un dépôt d'inscriptions de rentes sur l'État [78].

Il n'est pas nécessaire que la caution présentée soit susceptible de contrainte par corps [79].

Le requérant qui reconnaîtrait l'insuffisance de la caution par lui offerte, ou qui craindrait de voir contester sa solvabilité, serait admis, même après le délai de quarante jours, à la remplacer, ou à offrir une caution supplémentaire, pourvu qu'il le fît avant le jugement qui doit statuer sur la réception de la caution, et de manière à ne pas retarder ce jugement [80]. A plus forte raison n'est-il pas indispensable que toutes les pièces destinées à constater la solvabilité de la caution, soient fournies au moment de sa présentation ; la production peut être complétée par le dépôt de pièces

Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 249. Amiens, 10 janvier 1840, Sir., 41, 2, 550. Civ. cass., 22 février 1853, Sir., 53, 1, 275. Orléans, 5 août 1853, Sir., 53, 2, 503. Voy. cep. Angers, 14 mai 1819, Sir., 23, 1, 2.

[77] Cpr. sur ce point : Req. rej., 4 février 1816, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Surenchère, n° 137 ; Rennes, 9 mai 1818, Sir., 20, 1, 358 ; Rouen, 2 mai 1828, Sir., 30, 2, 75 ; Bourges, 27 novembre 1830, Sir., 31, 2, 218 ; Paris, 20 mars 1833, Sir., 33, 2, 260 ; Paris, 11 décembre 1834, Sir., 35, 2, 14 ; Paris, 20 mars 1835, Sir., 35, 2, 260 ; Req. rej., 14 mars 1838, Sir., 38, 1, 416 ; Bourges, 6 août 1845, Sir., 47, 2, 159.

[78] Arg. *a fortiori* art. 832, al. 3, du Code de procédure. Civ. rej., 3 avril 1832, Sir., 32, 1, 444. Bourges, 17 mars 1852, Sir., 53, 2, 385.

[79] La caution exigée par l'art. 2185 n'est point une caution judiciaire, mais une caution légale, à laquelle ne s'applique pas la disposition du second alinéa de l'art. 2040. Cpr. § 425, texte et note 4. Troplong, IV, 946. Pont, n° 1377. Rennes, 9 mai 1810, et Amiens, 2 février 1819, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Surenchère, n° 152. Bordeaux, 20 août 1831, Dalloz, 1833, 2, 80.

[80] Il est vrai que l'art. 2185 exige, à peine de nullité, l'offre d'une caution, et que l'art. 832 du Code de procédure dispose que la surenchère sera déclarée nulle si la caution est rejetée. Mais comme ni l'un ni l'autre de ces articles n'indique le moment auquel il faut se reporter pour examiner la solvabilité de la caution, rien ne s'oppose à ce que le juge apprécie les garanties fournies par le surenchérisseur d'après l'état des choses au moment où il est appelé à statuer sur cette question. Req. rej., 6 novembre 1843, Sir., 43, 1, 867. Rouen, 2 décembre 1844, Sir., 45, 2, 335. Douai, 20 mars 1851, Sir., 51, 2, 481. Voy. aussi les arrêts cités à la note 82 *infra*. Cpr. Civ. cass., 29 février 1820, Sir., 20, 1, 260 ; Civ. cass., 20 mai 1822, Sir., 23, 1, 2 ; Riom, 29 mars 1838, Sir., 38, 2, 224. Voy. en sens contraire : Troplong, IV, 942 et 945 ; Chauveau sur Carré, n° 2486 ; Zachariæ, § 294, note 26 ; Bordeaux, 30 août 1816, Sir., 17, 2, 202 ; Amiens, 10 janvier 1840, Sir, 41, 2, 550.

nouvelles, jusqu'au jugement à intervenir pour la réception de la caution [81].

Le requérant peut se dispenser de fournir caution en déposant à la Caisse des consignations un nantissement en espèces ou en rentes sur l'État. Art. 2041, Code de procéd., art. 832, al. 3. Il peut aussi, tant que les choses sont encores entières, parfaire, au moyen d'une pareille consignation, l'insuffisance de la caution qu'il aurait présentée [82]. Mais la caution ne saurait être ni remplacée ni complétée par l'offre d'une hypothèque, même sur des biens libres [83].

Par exception à la règle générale, l'État n'est pas soumis à l'obligation de fournir caution. Loi du 21 février 1827.

δ La réquisition de mise aux enchères doit être signifiée, tant à l'acquéreur, qu'au propriétaire, débiteur principal [84]. Art. 2185, nos 1 et 3.

Si l'immeuble avait été vendu ou acquis conjointement ou solidairement par plusieurs personnes, la signification devrait être faite à chacune d'elles individuellement [85], et ce par copies séparées [86].

[81] Civ. cass., 31 mai 1831, Sir., 31, 1, 412. Limoges, 11 juillet 1833, Sir., 33, 2, 654. Bordeaux, 7 avril 1834, Sir., 34, 2, 358. Paris, 6 avril 1835, Sir., 35, 2, 423. Limoges, 18 mars 1854, Sir., 54, 2, 521.

[82] Bourges, 2 avril 1852, Sir., 53, 2, 385. Rouen, 3 mars 1852, Sir., 53, 2, 423. — Il faut que la consignation ait été réalisée : une simple offre de consigner serait insuffisante. Rouen, 23 mars 1820, Sir., 20, 2, 199. Req. rej., 15 novembre 1821, Sir., 23, 1, 128.

[83] Cpr. § 425, texte *in fine* et note 12. Bourges, 15 juillet 1826, Sir., 27, 2, 61. Paris, 26 février 1829, Sir., 29, 2, 121. Paris, 5 mars 1831, Sir., 31, 2, 268. Paris, 11 mars 1844, Sir., 45, 2, 19. Req. rej., 16 juillet 1845, Sir., 45, 1, 817. Voy. en sens contraire : Persil, sur l'art. 2185, no 22; Rouen, 4 juillet 1828, Sir., 29, 2, 217.

[84] En se servant de ces expressions, le no 3 de l'art. 2185 suppose que les deux qualités de précédent propriétaire et de débiteur principal se trouvent réunies dans la même personne. Mais *quid juris* s'il en était autrement, et que le précédent propriétaire ne fût lui-même qu'un tiers détenteur ? Il semble que dans ce cas la signification devrait être faite tout à la fois au précédent propriétaire et au débiteur principal, l'un et l'autre étant également intéressés à contester ou à arrêter la surenchère.

[85] Grenier, II, 450. Persil, *Commentaire de la loi du 2 juin 1841*, no 433. Civ. cass., 12 mars 1810, Sir., 10, 1, 208. Chamb. réun., cass., 4 août 1813, Sir., 13, 1, 443.

[86] Il en serait ainsi pour les acquéreurs, dans le cas même où ils auraient fait notifier leur contrat par un seul et même acte et constitué le même avoué. Rennes, 6 août 1849, Sir., 52, 2, 285.

La signification de la réquisition doit être faite, pour l'acquéreur, au domicile de l'avoué par lui constitué dans sa notification à fins de purge[87], et pour le précédent propriétaire, à personne ou à son domicile général.

La réquisition de mise aux enchères doit être signifiée par un huissier régulièrement commis[88], avec assignation à trois jours[89], pour la réception de la caution, devant le tribunal où la surenchère sera portée. Il doit en même temps être donné copie de l'acte de soumission de la caution et des titres destinés à justifier de sa solvabilité ou, le cas échéant, de l'acte constatant la réalisation du nantissement fourni en remplacement de caution. Code de procédure, art. 832, al. 1, 2 et 3.

Enfin, l'original et les copies de l'acte contenant réquisition de mise aux enchères, doivent être signés par le créancier surenchérisseur ou par son fondé de procuration expresse, lequel est tenu de donner copie de sa procuration. Art. 2185, n° 4.

e. Toutes les règles qui viennent d'être posées sous la lettre *d* sont prescrites à peine de nullité. Art. 2185, al. 7. Code de procédure, art. 838, al. 3.

La nullité, résultant de l'inobservation de l'une ou de l'autre de ces règles, peut être proposée par toute personne intéressée à la faire valoir. Il en est ainsi, même des simples nullités de forme, commises dans les significations faites, soit à l'acquéreur, soit au vendeur, de telle sorte que l'acquéreur est admis à se prévaloir de la nullité commise dans une signification faite au vendeur, et réciproquement[90].

[87] Code de proc., art. 832, al. 2. La signification ne pourrait être valablement faite au domicile général de l'acquéreur. Paris, 6 mai 1844, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Surenchère, n° 101. Trib. de Caen, 30 décembre 1844, Sir., 45, 2, 334.

[88] La réquisition de mise aux enchères serait nulle, si elle avait été signifiée par un huissier commis par un président autre que celui qui se trouve désigné dans l'art. 832, al. 1, du Code de procéd. Art. 838, même Code. Chauveau sur Carré, n° 2461. Petit, *Des surenchères*, p. 410.

[89] Cpr. cep. Req. rej., 30 mai 1820, Sir., 20, 1, 382; Besançon, 4 mars 1853, Sir., 54, 2, 26; Req. rej., 16 novembre 1853, Sir., 54, 1, 768.

[90] En effet, toutes les formalités prescrites pour la réquisition de mise aux enchères sont substantielles, et forment un tout indivisible. Chauveau sur Carré, n° 2489. Bourges, 13 août 1829, Sir., 30, 2, 201. Orléans, 15 janvier 1833, Sir., 33, 2, 570. Bordeaux, 31 mars 1841, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Surenchère, n° 222. Bordeaux, 10 mai 1842, Sir., 42, 2, 413. Voy. en sens contraire : Paris, 6 août 1832, Sir., 32, 2, 543; Paris, 20 mars 1833, Sir., 33, 2, 260. Cpr. aussi : Req. rej., 9 août 1820, Sir., 21, 1, 379.

Toutes les nullités concernant la déclaration de surenchère et l'assignation doivent, à peine de déchéance, être proposées avant le jugement relatif à la réception de la caution. Code de procédure, art. 838, al. 4.

Le créancier dont la surenchère a été annulée et, à plus forte raison, les autres créanciers sont admis à requérir de nouveau la mise aux enchères, pourvu qu'ils se trouvent encore dans le délai fixé par l'art. 2185 [91].

f. La réquisition de mise aux enchères faite valablement par l'un des créanciers, devient commune aux autres. Il en résulte que le tiers acquéreur ne peut arrêter les effets de la surenchère en désintéressant le surenchérisseur [92], et que ce dernier est admis à donner suite à sa réquisition, encore qu'il ait été payé de sa créance [93]. Il en résulte également que le surenchérisseur ne peut, par son désistement, même accompagné de l'offre de payer le montant de sa soumission, empêcher l'adjudication de l'immeuble, si ce n'est du consentement de tous les créanciers inscrits. Art. 2190. Mais, sous cette condition, il est admis à se désister, sans avoir besoin du consentement du tiers acquéreur, qui n'a pas d'intérêt légitime à contester ce désistement [94].

3° *Des conséquences du défaut de surenchère valable.*

Lorsque les créanciers laissent écouler le délai fixé par l'art. 2185, sans requérir la mise aux enchères de l'immeuble dont la purge est poursuivie, ou que la réquisition de mise aux enchères vient à être annulée, la valeur de cet immeuble reste définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat ou à la somme déclarée par l'acquéreur. Le paiement de cette valeur aux créanciers qui seront en ordre de la recevoir, ou sa consignation faite conformément à l'al. 5 du nouvel art. 777 du Code de procédure, affranchit l'immeuble de tous les priviléges et hypothèques dont il était grevé du chef des précédents propriétaires. Art. 2186.

[91] Merlin, *Rép.*, v° Surenchère, § 8. Grenier, II, 451. Troplong, IV, 950. Cpr. Req. rej., 8 mars 1809, Sir., 9, 1, 328.

[92] Grenoble, 11 juin 1825, Sir., 26, 2, 226. Paris, 18 janvier 1826, Sir., 28, 2, 21. — Mais il pourrait empêcher la mise en adjudication de l'immeuble, en offrant de désintéresser tous les créanciers inscrits. Voy. texte n° 4 et note 97 *infra*.

[93] Rouen, 23 mars 1820, Sir., 20, 2, 199. Grenoble, 11 juin 1825, Sir., 25, 2, 226. Civ. cass., 31 mai 1831, Sir., 31, 1, 412. Limoges, 11 juillet 1833, Sir., 33, 2, 654. Voy. aussi Req. rej., 18 janvier 1860, Sir., 60, 1, 225.

[94] Req. rej., 24 avril 1855, Sir., 57, 1, 137.

Toutefois, le défaut de surenchère valable ne prive pas les créanciers hypothécaires du droit d'attaquer, pour cause de fraude ou de simulation, le titre d'acquisition du tiers détenteur [95].

D'un autre côté, ces créanciers sont, malgré l'absence de toute surenchère, recevables à établir qu'une portion du prix a été dissimulée, et à demander que cette portion soit répartie entre eux de préférence aux créanciers simplement chirographaires [96].

4° Des suites d'une réquisition valable de mise aux enchères.

Lorsque l'un des créanciers a valablement requis la mise aux enchères de l'immeuble, la revente peut en être poursuivie, soit par le surenchérisseur, soit par le tiers détenteur lui-même, soit par tout créancier qui se serait fait subroger à la poursuite, conformément à l'art. 833 du Code de procédure.

La réquisition de mise aux enchères n'a pas pour effet immédiat de dépouiller le tiers détenteur de la propriété de l'immeuble qui en forme l'objet. Cette propriété continue de résider sur sa tête jusqu'au jugement d'adjudication.

On doit en conclure, d'une part, que le tiers détenteur peut arrêter la poursuite et empêcher la revente aux enchères, en payant ou en consignant le montant de toutes les créances inscrites, avec les frais de la surenchère [97]; d'autre part, que la perte de l'immeuble ou les détériorations qu'il viendrait à subir, dans l'intervalle de la surenchère à la revente, restent à la charge du tiers détenteur [98], et autorisent le créancier surenchérisseur à rétracter ou à restreindre ses offres [99].

[95] Troplong, IV, 957. Bruxelles, 18 décembre 1810, Sir., 12, 2, 139. Limoges, 11 juin 1812, Sir., 15, 2, 111. Req. rej., 14 février 1826, Sir., 26, 1, 342. Bourges, 24 janvier 1828, Sir., 29, 2, 335. Req. rej., 19 août 1828, Sir., 28, 1, 425. Req. rej., 2 août 1836, Sir., 36, 1, 657. Riom, 15 janvier 1839, Sir., 39, 2, 481. Voy. en sens contraire : Paris, 21 nivôse an XIII, Sir., 7, 2, 971 ; Douai, 28 avril 1814, Sir., 19, 2, 226 ; Bourges, 25 mai 1827, Sir., 29, 2, 199.

[96] Troplong, IV, *loc. cit.* Poitiers, 24 juin 1831, Sir., 31, 2, 384. Bordeaux, 28 mai 1832, Sir., 32, 2, 626. Paris, 8 février 1836, Sir., 36, 2, 258. Civ. rej., 29 avril 1839, Sir., 39, 1, 435. Cpr. Civ. cass., 21 juillet 1857, Sir., 58, 1, 103.

[97] Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 5, n° 11. Chauveau sur Carré, n° 2837. Grenier, II, 464. Troplong, IV, 956. Civ. rej., 3 février 1808, Sir., 8, 1, 129. Cpr. Orléans, 26 janvier 1843, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Surenchère, n° 264.

[98] Civ. cass., 12 février 1828, Sir., 28, 1, 147. Bordeaux, 21 juillet 1830, Sir., 30, 2, 376.

[99] Merlin, *Rép.*, v° Enchère, § 1, n° 3. Grenier, II, 465. Troplong, IV, 949. Martou, IV, 1551. Pont, n° 1386.

La revente par suite de surenchère se fait dans les formes déterminées par les art. 836 à 838 du Code de procédure, et par les dispositions du titre *de la saisie immobilière*, auxquelles ces articles renvoient. Le prix offert par le créancier surenchérisseur sert de première mise aux enchères. Art. 2187.

Lorsque le tiers acquéreur se rend lui-même adjudicataire, son droit de propriété doit être considéré comme dérivant de son contrat d'acquisition, que le jugement d'adjudication sur surenchère n'a fait que confirmer. Il en résulte que ce jugement n'est pas soumis à la formalité de la transcription [100]. Art. 2189.

Le tiers acquéreur, qui est resté propriétaire par suite de l'adjudication de l'immeuble mis aux enchères, a son recours contre le vendeur pour le remboursement de toutes les sommes que, par suite de la surenchère, il a été obligé de débourser au delà du prix stipulé dans son contrat, ainsi que pour les intérêts de cet excédant, à compter des époques respectives des paiements. Art. 2191. Pour se couvrir de ce qui peut lui être dû à ce sujet, il est autorisé à retenir, à l'exclusion des créanciers chirographaires du précédent propriétaire, la somme qui resterait disponible entre ses mains après paiement de tous les créanciers hypothécaires [101].

Lorsque, par suite de la surenchère, l'immeuble est adjugé, soit au surenchérisseur, soit à un tiers, le jugement d'adjudication opère, non une véritable résolution *ex tunc* du contrat d'acquisition du tiers détenteur, mais une éviction d'une nature particulière, analogue à celle qui, à défaut de purge, serait résultée de l'expropriation poursuivie contre ce dernier ou contre le curateur au délaissement [102]. De là découle une double conséquence :

[100] Cpr. § 209, texte, lett. *A* et note 40.

[101] Grenier, II, 469. Troplong, IV, 968. Martou, IV, 1562. Pont, nº 1395. Bordeaux, 27 février 1829, Sir., 29, 2, 325.

[102] Bien que l'opinion contraire, enseignée dans nos premières éditions, ait été confirmée par la jurisprudence, nous ne croyons pas devoir y persister. Il n'existe aucune différence rationnelle entre le cas où le tiers détenteur se trouve dépossédé par l'effet d'une surenchère, et celui où il est dépouillé de sa propriété par une expropriation dirigée contre lui-même ou contre le curateur au délaissement. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'éviction qu'il subit est toujours le résultat du droit hypothécaire, et ne procède pas d'une cause inhérente au contrat. On dit, il est vrai, que lorsque les créanciers procèdent par voie d'expropriation, ils reconnaissent par cela même la propriété du tiers détenteur, et ne s'attaquent point à son titre d'acquisition, tandis qu'à l'inverse la réquisition de mise aux enchères est une protestation contre ce titre, qu'elle doit avoir pour résultat d'anéantir, en y substituant un nouveau contrat qui fera passer sans

a. La somme restée disponible sur le prix d'adjudication, après paiement des créanciers inscrits sur les précédents propriétaires, appartient au tiers détenteur évincé, à l'exclusion des créanciers chirographaires de son auteur [103].

intermédiaire la propriété des mains du débiteur entre celles de l'adjudicataire. Cette dernière proposition n'est, à notre avis, qu'une pétition de principe, qui repose sur des idées inexactes en Droit. En exerçant la surenchère, les créanciers ne contestent nullement la transmission de propriété qui s'est opérée par le titre d'acquisition du tiers détenteur; ils refusent simplement de dégager ce dernier, au prix par lui offert, de l'obligation réelle à laquelle il se trouve soumis, et reprennent, sous la condition de porter le prix à un dixième en sus, le droit de faire vendre l'immeuble sur lui, comme ils auraient pu le faire s'il n'avait pas purgé. Tout le monde reconnaissant que le tiers détenteur reste propriétaire de l'immeuble par lui acquis jusqu'au jugement d'adjudication, c'est-à-dire jusqu'au moment où la propriété de cet immeuble passe sur la tête de l'adjudicataire, il est impossible de concevoir un seul instant de raison pendant lequel la prétendue résolution du titre d'acquisition du tiers détenteur aurait fait revivre la propriété dans la personne du précédent propriétaire. Et c'est cependant ce qui serait absolument indispensable, pour que ce titre se trouvât véritablement résolu dans le sens de l'art. 1183. Cette argumentation se complète et se corrobore par les observations qui seront présentées aux deux notes suivantes. Cpr. Bordeaux, 13 mars 1863, Sir., 63, 2, 151.

[103] Rodière, *Revue de législation*, 1835, II, p. 77. Chauveau, sur Carré, quest. 2500, 9°. Flandin, *De la transcription*, I, 575. Colmar, 7 mai 1821 et 22 novembre 1831, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Priviléges et Hypothèques, n° 1753. Cpr. Mourlon, *Revue pratique*, 1858, IV, p. 373 et suiv., n° 85. Voy. en sens contraire: Martou, IV, 1562; Bordeaux, 27 février 1829, Sir., 29, 2, 325; Req. rej., 12 novembre 1834, Sir., 35, 1, 811; Civ. cass., 28 mars 1843, Sir., 43, 1, 297; Rennes, 9 décembre 1861, Sir., 62, 2, 220; Req. rej., 15 décembre 1862, Sir., 63, 1, 57. Ces arrêts, tout en reconnaissant que le tiers détenteur peut, même abstraction faite des frais qui doivent aux termes de l'art. 2188 lui être remboursés par l'adjudicataire, avoir un recours en garantie à exercer contre son vendeur, décident qu'il ne jouit pour ce recours d'aucune préférence, et que d'un autre côté il ne peut réclamer, à titre de propriétaire, la portion du prix qui reste disponible après paiement des créanciers inscrits. Mais ce système nous paraît inconséquent en soi et même contradictoire. Si la vente passée au profit du tiers détenteur devait être considérée comme résolue, même au regard du vendeur, à quel titre ce dernier pourrait-il être soumis à un recours en garantie, ayant pour objet la réparation du préjudice causé au tiers détenteur par sa dépossession? D'autre part, la surenchère n'étant admise que dans l'intérêt des créanciers hypothécaires, il serait contraire au but de son institution de faire profiter, de l'excédant de prix résultant de la revente, des créanciers simplement chirographaires, qui n'avaient plus aucun droit à exercer sur l'immeuble régulièrement vendu par leur débiteur. Nous ajouterons qu'il y aurait une bizarrerie inexplicable à refuser au tiers détenteur qui, en offrant son prix aux créanciers inscrits, a usé du moyen que la loi lui

b. Les hypothèques que le tiers détenteur a constituées sur l'immeuble continuent de subsister, et donnent aux créanciers auxquels elles appartiennent, le droit de se faire colloquer à leur rang hypothécaire, après paiement des créanciers inscrits sur les précédents propriétaires [104].

Le tiers acquéreur dépossédé par l'effet du jugement d'adjudication sur surenchère, jouit contre son vendeur d'un recours en garantie, dont l'étendue et les effets se déterminent d'après les règles sur la garantie pour cause d'éviction [105], sauf en ce qui concerne la restitution des frais et loyaux coûts du contrat. Aux termes de l'art. 2188, l'adjudicataire est tenu personnellement, et en sus de son prix [106], de les rembourser au tiers acquéreur, avec les frais de transcription et de notification, ainsi qu'avec ceux que ce dernier aurait faits pour parvenir à la revente [107].

donnait pour éviter l'éviction dont il était menacé, un avantage qu'on n'hésite pas à accorder au tiers détenteur qui a délaissé l'immeuble ou s'est laissé exproprier, sans rien faire pour éviter cette éviction.

[104] L'assimilation établie à la note 102 *supra* entre la position du tiers détenteur qui a délaissé l'immeuble hypothéqué, ou qui en a subi l'expropriation, et celle dans laquelle il se trouve placé après éviction par suite d'une surenchère, conduit naturellement à étendre à cette dernière situation, la disposition du second alinéa de l'art. 2177. Dans le système contraire, il dépendrait du tiers acquéreur, suivant qu'il lui conviendrait, soit de recourir à la purge, soit de se laisser exproprier, de faire évanouir ou de rendre efficaces les hypothèques qu'il aurait consenties. Or, c'est là une conséquence d'autant moins acceptable qu'on ferait tourner contre les créanciers hypothécaires de ce dernier l'exercice d'une faculté qui devait précisément avoir pour effet de consolider leurs droits. Cette observation prouve combien est peu fondé l'argument *a contrario* qu'on a voulu tirer du second alinéa de l'art. 2177. Si cette disposition n'a pas été répétée au chap. VIII, qui traite de la purge, on doit supposer, ou que la question a échappé à l'attention du législateur, ou qu'il a considéré la solution donnée pour les cas d'expropriation et de délaissement, comme devant, *a fortiori*, s'appliquer au cas de purge. Cette application est d'autant plus légitime qu'on est bien forcé d'étendre à l'hypothèse où le tiers acquéreur se trouve évincé par l'effet d'une surenchère la disposition du premier alinéa de l'art. 2177 et celle de l'art. 2178, Labbé, *Revue critique*, 1861, XIX, p. 297 et suiv., nos 34 à 39. Flandin, *op. cit.*, I, 572 à 575. Voy. en sens contraire : Grenier, II, 470 ; Troplong, IV, 962.

[105] Arg. art. 2178 et 2191. Cpr. § 255. Tarrible, *Rép.*, vo Transcription, § 6, no 4. Grenier, *loc. cit.* Troplong, IV, 967. Martou, IV, 1562. Pont, no 1396. Civ. cass., 11 mai 1808, Sir., 8, 1, 359. Voy. aussi en ce sens les arrêts cités à la note 103 *supra*.

[106] Rouen, 10 février 1827, Sir., 27, 2, 170.

[107] C'est bien à tort qu'on a voulu tirer de l'art. 2188 un argument en faveur du système de résolution que nous avons combattu à la note 102 *supra*. Voy.

Le tiers acquéreur dépossédé a droit au remboursement de ses impenses, dans la mesure de la mieux-value qu'elles ont procurée à l'immeuble. Arg. art. 2175. Pour assurer ce remboursement et pour éviter toute ultérieure difficulté, il peut faire ordonner, par le jugement qui doit statuer sur l'admission de la surenchère, que l'adjudicataire éventuel sera tenu de lui rembourser, en sus du prix d'adjudication, le montant de ses impenses, ou tout au moins provoquer à cet effet l'insertion d'une clause au cahier des charges[108]. S'il avait négligé cette précaution il conserverait cependant le droit de répéter contre le surenchérisseur le montant de ces impenses, à supposer que celui-ci fût resté adjudicataire pour le montant de sa soumission. Que si les enchères avaient porté l'immeuble à un prix plus élevé, l'adjudicataire ne serait plus tenu, en sus de son prix, de rembourser la mieux-value résultant des impenses dont s'agit. Mais il semble que le tiers détenteur pourrait demander à l'ordre le prélèvement de la somme représentant ces impenses, jusqu'à concurrence du moins de l'excédant du prix d'adjudication sur le montant de la soumission du surenchérisseur.

Le tiers acquéreur n'est pas tenu de la restitution des fruits par lui perçus depuis son entrée en jouissance jusqu'au jugement d'adjudication par lequel il a été dépossédé. Mais il doit compte aux créanciers hypothécaires, jusqu'au jour de ce jugement et à partir de la notification à fins de purge, des intérêts de son prix[109].

Troplong, IV, 962. Si l'adjudicataire est tenu, en sus de son prix, de rembourser à l'acquéreur dépossédé les frais indiqués dans l'article précité, c'est que d'une part, le législateur a voulu que ce dernier sortît absolument indemne, et ne fût pas réduit à un recours, peut-être illusoire, contre le vendeur, et d'autre part, que le prélèvement de ces frais sur le prix d'adjudication aurait pu avoir pour résultat de priver, en tout ou en partie, les créanciers hypothécaires du bénéfice de la surenchère.

[108] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XVI, p. 292, n° 7). Persil, sur l'art. 2188, n° 3. Grenier, II, 471. Troplong, IV, 962. Paris, 10 mars 1808, Sir., 15, 2, 200. Paris, 7 et 11 juin 1834, Sir., 35, 2, 53 et 55. Bordeaux, 11 décembre 1843, Sir., 44, 2, 330. Cpr. Pont, n° 1397.

[109] La solution que nous donnons à la question de savoir si le tiers acquéreur dépossédé doit, jusqu'au jour de l'adjudication, soit les intérêts de son prix, soit les fruits qu'il a perçus, est une conséquence de notre manière de voir, d'après laquelle l'adjudication sur surenchère du dixième n'emporte pas une véritable résolution du contrat d'acquisition originaire. Voy. en ce sens : Bordeaux, 13 mars 1863, Sir., 63, 2, 151. Dans le système de la résolution on est logiquement conduit, nous le reconnaissons, à décider que le tiers acquéreur évincé ne doit que la restitution des fruits, mais la doit tout entière, même au cas où par extraor-

Quant à l'adjudicataire sur surenchère, il ne doit, sauf clause contraire insérée au cahier des charges, les intérêts de son prix qu'à dater de l'adjudication prononcée à son profit, et ne peut être recherché par les créanciers hypothécaires à raison d'intérêts relatifs à une époque antérieure[110].

5° *Des règles spéciales à la purge et à la surenchère, dans les hypothèses prévues par l'art.* 2192.

Ces hypothèses sont les suivantes :

a. Le titre d'acquisition du tiers détenteur porte à la fois sur des meubles et sur des immeubles.

b. Il comprend des immeubles qui, faisant ou non partie d'une même exploitation, se trouvent situés dans des arrondissements différents.

c. Les immeubles qui forment l'objet du titre d'acquisition, quoique situés dans le même arrondissement, sont les uns hypothéqués et les autres non grevés d'hypothèques.

d. Enfin ces immeubles, tous hypothéqués et situés dans le même arrondissement, sont frappés d'inscriptions particulières et séparées prises, soit par des créanciers différents, soit par le même créancier, pour des créances distinctes ou même pour une créance unique, mais en vertu d'actes successifs de constitution d'hypothèque[111].

Dans toutes ces hypothèses, et à supposer que l'aliénation ait eu lieu pour un prix unique[112], le tiers détenteur doit, dans la notification à faire aux créanciers inscrits, établir la ventilation de ce prix, c'est-à-dire sa décomposition par rapport aux différents immeubles hypothéqués, compris dans son titre d'acquisition.

Cette ventilation, prescrite dans le double but de faciliter aux créanciers l'exercice du droit de surenchérir, et de prévenir les

dinaire la valeur des fruits dépasserait le montant des intérêts. Voy. en ce sens : Civ. cass., 10 avril 1848, Sir., 48, 1, 357 ; Agen, 21 janvier 1852, Sir., 52, 2, 618 ; Lyon, 27 décembre 1858, Sir., 59, 2, 441.

[110] Riom, 19 janvier 1820, Sir., 20, 2, 158. Req. rej., 14 août 1833, Sir., 33, 1, 609. Paris, 3 août 1844, Sir., 45, 2, 563. Voy. cep. Paris, 1er juillet 1852, Sir., 52, 2, 350.

[111] Martou, IV, 1566 et 1567 *bis*. Cpr. Orléans, 21 décembre 1832, Sir., 33, 2, 545.

[112] Si l'acte d'acquisition, portant sur plusieurs immeubles, indiquait séparément le prix de chacun d'eux, cette indication devrait être reproduite dans la notification.

contestations qui pourraient s'élever dans l'ordre sur la portion de prix afférente aux divers immeubles hypothéqués, doit avoir lieu d'une manière plus ou moins détaillée, suivant les circonstances.

C'est ainsi que, dans la première des hypothèses ci-dessus énoncées, il suffit d'indiquer *in globo* et sans nouvelle décomposition, la portion du prix afférente aux immeubles, dans la seconde, la portion du prix applicable aux immeubles situés dans l'arrondissement où se poursuit la surenchère, et dans la troisième, la portion du prix relative aux immeubles hypothéqués.

Au contraire, dans la quatrième hypothèse, qui se présente le plus fréquemment, et qui peut d'ailleurs se combiner avec les autres hypothèses précédemment rappelées, la notification doit indiquer le prix offert pour chaque immeuble frappé d'inscriptions particulières et séparées.

La ventilation prescrite par l'art. 2192 est exigée à peine de nullité [113]. Cette nullité peut être proposée par tous les créanciers hypothécaires, que leurs inscriptions soient spéciales ou générales [114]. Mais le vendeur n'est point recevable à la faire valoir [115].

Les créanciers hypothécaires sont admis à critiquer la ventilation du tiers détenteur. Le même droit appartient au vendeur [116].

Les créanciers à hypothèque spéciale ne sont point autorisés à faire porter leur surenchère sur des immeubles qui ne leur seraient pas affectés [117].

[113] Delvincourt, III, p. 371. Grenier, II, 456. Troplong, IV, 974. Martou, IV, 1580. Civ. cass., 19 juin 1815, Sir., 15, 1, 214. Caen, 17 juin 1823, Sir., 25, 2, 323. Douai, 18 mai 1836, Sir., 37, 2, 328. Paris, 17 août 1859, Sir., 60, 2, 192.

[114] Lyon, 13 janvier 1836, Sir., 36, 2, 333. Paris, 17 août 1859, Sir., 60, 2, 192. Cpr. Caen, 17 juin 1823, Sir., 25, 2, 323; et les autorités citées à la note 119 *infra*.

[115] Toulouse, 12 août 1857, Sir., 60, 1, 337.

[116] Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 6, n° 5. Troplong, IV, 973. Martou, IV, 1574 et suiv. Pont, n° 1309.

[117] L'argument *a contrario* qu'on voudrait tirer du second alinéa de l'art. 2192 ne serait pas concluant Pont, n° 1362. Martou, IV, 1570. — Le créancier, ayant hypothèque sur la part indivise qui appartenait à son débiteur dans un immeuble ultérieurement adjugé sur licitation à un étranger, pourrait-il étendre sa surenchère à la totalité de l'immeuble? Voy. pour l'affirmative : Pont, *loc. cit.*; Paris, 16 juillet 1834, Sir., 34, 2, 440; Besançon, 5 mai 1855, Sir., 56, 2, 45. Voy. en sens contraire : Petit, *Des surenchères*, p. 295; Martou, IV, 1571; Paris, 3 mars 1820, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Surenchère, n° 36. La première solution nous paraît préférable, par les motifs exprimés dans l'arrêt de la Cour de Besançon.

De son côté le tiers acquéreur ne peut exiger que le créancier surenchérisseur étende sa soumission, soit sur le mobilier, soit sur des immeubles situés hors de l'arrondissement où se poursuit la surenchère, soit enfin sur des immeubles non hypothéqués à sa créance. Il ne peut pas même exiger que la soumission comprenne tous les immeubles qui, situés dans le même arrondissement, se trouvent hypothéqués au surenchérisseur. Ce dernier a le droit de restreindre sa surenchère à tels ou tels de ces immeubles[118]; et à cet égard il n'y a pas même de différence à faire entre les créanciers à hypothèque spéciale et ceux à hypothèque générale[119].

Le tiers acquéreur, dépossédé de partie seulement des objets par lui acquis, a contre son auteur, outre le recours ordinaire en garantie fondé sur l'éviction qu'il a subie, une action spéciale en indemnité, à raison du dommage qu'il éprouve par suite du morcellement de son acquisition, ou, le cas échéant, de la division des exploitations. Art. 2192, al. 2. Il pourrait même, dans le cas prévu par l'art. 1636, demander la résolution du contrat.

§ 295.

3. *De la purge des hypothèques légales dispensées d'inscription, et non inscrites.*

Les notions générales sur la purge de ces hypothèques ayant déjà été exposées à la fin du § 293 *bis*, nous nous bornerons à développer ici les formalités à remplir par le tiers acquéreur, et les conséquences attachées à leur accomplissement.

1° *Des formalités à remplir par le tiers acquéreur.* (Art. 2194.)

a. Le tiers acquéreur doit, après avoir fait transcrire son titre[1], en déposer, au greffe du tribunal de première instance du lieu de la situation des immeubles qu'il veut purger, une copie dûment collationnée, soit par le notaire qui a reçu l'acte, soit par le gref-

[118] Orléans, 21 décembre 1832, Sir., 33, 2, 545.

[119] Chauveau, sur Carré, n° 2499 *bis*. Petit, *op. cit.*, p. 440. Pont, n° 1361. Angers, 30 avril 1840, Sir., 40, 2, 396. Civ. rej., 21 novembre 1843, Sir., 44, 1, 60. Paris, 30 avril 1853, *Journ. du Pal.*, 1853, II, p. 174. Voy. en sens contraire : Martou, IV, 1572 ; Bourges, 5 mars 1841, Sir., 41, 2, 590.

[1] Cpr. § 293 *bis*, texte *in fine*, notes 38 et 39.

fier, lorsqu'il s'agit d'un jugement d'adjudication, soit enfin par les parties elles-mêmes, si l'acquisition ne se trouve constatée que par un acte sous seing-privé. Dans cette dernière hypothèse, il serait cependant loisible au tiers acquéreur de déposer l'original même de son acte d'acquisition, ou une copie collationnée par le notaire auquel il aurait été déposé [2].

Le dépôt de l'acte d'acquisition peut être fait, sans assistance d'avoué, par la partie elle-même ou par un fondé de pouvoir [3]. Il est constaté au moyen d'un acte dressé par le greffier.

b. Le tiers acquéreur doit faire notifier [4], tant à la femme [5] ou au subrogé tuteur, qu'au procureur impérial, l'acte de dépôt dressé par le greffier.

Lorsque le tiers acquéreur connaît l'existence d'enfants mineurs ayant hypothèque légale sur les immeubles qu'il veut purger, et que ces mineurs ne sont point encore pourvus d'un subrogé tuteur, il doit leur en faire nommer un afin de pouvoir lui adresser la notification dont il vient d'être parlé [6].

Un avis du Conseil d'État des 9 mai - 1er juin 1807 a statué sur l'hypothèse où l'acquéreur peut supposer ou craindre que les immeubles par lui acquis ne soient grevés d'hypothèques légales du

[2] Suivant M. Duranton (XX, 416) le tiers acquéreur se trouverait dans la nécessité de recourir à ce dernier moyen. Mais ce serait, à notre avis, ajouter aux exigences de la loi que de lui imposer cette obligation.

[3] Req. rej., 31 mars 1840, Sir., 40, 1, 306. Limoges, 9 avril 1845, Sir., 45, 2, 577.

[4] Cette notification, à la différence de celle dont il est question en l'art. 2183, n'a pas besoin d'être faite par un huissier commis à cet effet. Cpr. Code de procédure, art. 832. Grenier, II, 438. Troplong, IV, 978. Pont, nº 1409.

[5] La signification doit être faite à la femme elle-même, et non au mari. Paris, 25 février 1819, Sir., 19, 2, 273. — Mais la signification faite à la femme, au domicile conjugal et en parlant au mari, est valable au cas même où la femme serait séparée de biens. Code de procéd., art. 68. Rouen, 15 février 1828, Sir., 28, 2, 152. Req. rej., 14 juillet 1830, Sir., 31, 1, 54. Cpr. cep. Troplong, IV, 978.

[6] L'avis du Conseil d'État des 9 mai - 1er juin 1807, dont il sera parlé dans la suite du texte, ne s'applique pas à l'hypothèse dont il est ici question. C'est ce qui ressort de l'ensemble de cet avis, comme de l'esprit qui en a dicté les dispositions. Pont, nº 1411. Besançon, 12 juillet 1837, Sir., 38, 2, 156. Rouen, 13 mars 1840, Sir., 40, 2, 258. Grenoble, 8 février 1842, Sir., 42, 2, 162. Limoges, 5 mai 1843, Sir., 43, 2, 510. Civ. cass., 8 mai 1844, Sir., 44, 1, 412. Nîmes, 25 mai 1857, Sir., 57, 2, 609. Voy. en sens contraire : De Fréminville, *De la minorité*, II, 1155 ; Grenoble, 20 août 1834, Sir., 36, 2, 390 ; Grenoble, 29 novembre 1837, Sir., 38, 2, 158.

chef de mineurs ou de femmes mariées qu'il ne connaît pas[7]. Aux termes de cet avis, il est tout à la fois nécessaire et suffisant, pour la purge de ces hypothèques, que l'acquéreur déclare dans la signification au procureur impérial, que les personnes du chef desquelles il pourrait être pris inscription à raison d'hypothèques légales dispensées de cette formalité, ne lui étant pas connues, il fera publier, dans les formes prescrites par l'art. 696 du Code de procédure, la signification qui devrait leur être adressée, et que de fait il effectue cette publication, ou que, à défaut de journaux dans le département, il obtienne du procureur impérial un certificat constatant qu'il n'en existe pas[8].

c. Un extrait de l'acte d'acquisition, dressé par le greffier, et contenant la date de cet acte, les noms, prénoms, professions et domiciles des contractants, la désignation de la nature et de la situation des biens, le prix et les autres charges de l'acquisition, doit rester affiché pendant deux mois dans l'auditoire du tribunal. L'accomplissement de cette formalité se constate au moyen d'un certificat délivré par le greffier.

2° *Des effets attachés à l'accomplissement des formalités qui viennent d'être indiquées.*

Ces formalités ont pour effet de faire cesser la dispense d'inscription, établie en faveur des hypothèques légales des mineurs, des interdits, ou des femmes mariées, et de soumettre les personnes auxquelles compètent de pareilles hypothèques ou leurs représentants, à la nécessité de les faire inscrire dans le délai de deux mois. Art. 2195.

Ce délai court, pour les personnes auxquelles des notifications individuelles ont été adressées, du jour de l'affiche, dans l'auditoire du tribunal, de l'extrait de l'acte d'acquisition, et pour celles qui ont dû être averties collectivement, dans l'hypothèse réglée par l'avis du Conseil d'État des 9 mai - 1er juin 1807, du jour de la publication faite conformément à l'art. 696 du Code de procédure, ou du jour de la délivrance du certificat du procureur impérial, portant qu'il n'existe pas de journal dans le département.

A défaut d'inscription dans le délai de deux mois, tel qu'il vient

[7] Cpr. Troplong, IV, 979; Duranton, XX, 418; Civ. cass., 24 janvier 1817, Sir., 17, 1, 146; Bordeaux, 13 août 1844, Sir., 45, 2, 377; Lyon, 19 novembre 1850, Sir., 51, 2, 484.

[8] Cpr. Caen, 24 décembre 1842, Sir., 43, 2, 214.

d'être déterminé, les immeubles dont la purge a été poursuivie sont définitivement affranchis, dans l'intérêt de l'acquéreur, des hypothèques légales qui le grevaient. Art. 2195, al. 1.

Mais le défaut d'inscription dans le délai de deux mois ne prive pas les mineurs, les interdits, ou les femmes mariées de leur droit de préférence sur le prix des immeubles vendus par le tuteur ou par le mari [9], droit qu'ils sont admis à exercer sous les conditions et de la manière indiquées au n° 1er du § 283.

La perte du droit de suite, attachée au défaut d'inscription dans le délai de deux mois, subsiste même au cas où, par l'effet d'une surenchère, l'acquéreur qui a rempli les formalités de la purge s'est trouvé évincé de son acquisition, de telle sorte que l'adjudicataire sur surenchère n'est pas tenu de procéder à une nouvelle purge des hypothèques légales [10].

Les mineurs, interdits, ou femmes mariées jouissent, comme tous autres créanciers hypothécaires, du droit de requérir la mise aux enchères des immeubles dont la purge est poursuivie, à supposer, bien entendu, que ces immeubles n'aient pas déjà formé l'objet d'une adjudication prononcée à la suite d'une première surenchère [11]. Mais, qu'ils aient pris ou non inscription [12], ils ne peuvent exercer le droit de requérir la mise aux enchères que dans le délai de deux mois, dont il a été précédemment question [13].

[9] Cette proposition, que nous avions déjà émise dans nos premières éditions, contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation, a été formellement consacrée par la loi du 21 mai 1858 (Code de procédure, art. 772, al. 5). C'est par inadvertance que, dans la note 27 du § 269, nous avons supposé que la question pouvait encore être discutée.

[10] Grenoble, 15 février 1823, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 175. Req. rej., 1er juin 1859, Sir., 61, 1, 223.

[11] Cpr. § 293 *bis*, texte et notes 7 à 9.

[12] Cpr. § 269, texte n° 2, et note 8.

[13] La loi n'ayant pas fixé pour les créanciers à hypothèque légale, auxquels le tiers acquéreur n'a point à faire la notification prescrite par l'art. 2183 (§ 293 *bis*, texte *in fine*, et note 37), le délai dans lequel ils sont admis à requérir la mise aux enchères, on doit en conclure que ce délai se confond avec celui de deux mois qui leur est accordé pour prendre inscription. Tarrible, *Rép.*, v° Transcription, § 5, n° 4. Persil, sur l'art. 2195, n° 6. Grenier, II, 457. Troplong, IV, 982. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Surenchère, n° 32. Petit, *Des surenchères*, p. 381. Pont, n° 1419. Grenoble, 27 décembre 1821, Sir., 22, 2, 364. Metz, 14 juin 1837, Sir., 38, 2, 197. Paris, 16 décembre 1840, Sir., 41, 2, 88. Alger, 12 janvier 1854, Sir., 54, 2, 442. Paris, 29 novembre 1857, Sir., 58, 2, 93. Cpr. en sens contraire : Caen, 28 août 1811 et 9 août 1813, Dev.

Lorsque des inscriptions ont été prises du chef de mineurs, d'interdits, ou de femmes mariées, le sort de leurs hypothèques légales se détermine d'après les distinctions suivantes :

Si ces hypothèques sont primées par des créanciers antérieurs, pour la totalité, ou pour une portion du prix de l'immeuble dont la purge est poursuivie, l'acquéreur est libéré dans la mesure des paiements faits aux créanciers colloqués en ordre utile, et doit par conséquent obtenir la radiation intégrale, ou la réduction à due concurrence, des inscriptions prises du chef des mineurs, des interdits, ou des femmes mariées. Art. 2195, al. 2.

Au cas contraire, c'est-à-dire si les créanciers à hypothèque légale sont les premiers en rang, il convient d'examiner séparément la position des mineurs ou interdits, et celle des femmes mariées ou des créanciers subrogés à leurs droits.

L'hypothèque légale des mineurs ou interdits remontant, pour tout ce qui pourra leur être dû par le tuteur en cette qualité, au jour où a commencé sa responsabilité, et le compte à rendre par ce dernier ne pouvant être réglé que lors de la cessation de la tutelle, ces personnes sont à la rigueur en droit d'exiger que la totalité du prix de l'immeuble dont la purge a été poursuivie, reste entre les mains de l'acquéreur, si mieux n'aime celui-ci en faire la consignation. Art. 2195, al 3. Cpr. Code de procédure, art. 777. Toutefois, la nécessité de concilier les intérêts des créanciers postérieurs avec ceux des mineurs ou des interdits a fait admettre en pratique, que ces créanciers sont autorisés à demander la distribution entre eux du prix de l'immeuble, en offrant, pour la garantie de sa restitution éventuelle lors de la reddition du compte tutélaire, un gage hypothécaire suffisant [14].

et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 563, et V, 2, 55; Caen, 12 avril 1826, Sir., 27, 2, 107; Orléans, 17 juillet 1829, Sir., 29, 2, 217.

[14] Pothier, *Coutume d'Orléans*, tit. XXI, nº 139. Persil, sur l'art. 2184, nº 8. Grenier, I, 271. Troplong, IV, 993. Pont, nº 1426. Voy. aussi les autorités citées à la note 18 *infra*. Cpr. Civ. cass., 9 janvier 1855, Sir., 55, 1, 125. — Il résulte, de ce qui a été dit au texte, que si les créanciers postérieurs ne pouvaient ou ne voulaient offrir un gage suffisant, l'ordre ne pourrait être réglé qu'après la cessation de la tutelle. Frappé de cet inconvénient, M. Bertauld (*Revue pratique*, 1860, X, p. 214 et 215) estime qu'il y aurait lieu à une évaluation, par le juge, du maximum auquel pourrait s'élever le reliquat du compte de tutelle. Cet expédient nous paraît d'autant plus difficile à admettre, que la fortune du mineur est susceptible de s'augmenter dans le cours de la tutelle par des causes diverses et impossibles à prévoir.

Les divers droits et créances des femmes mariées contre leurs maris n'étant pas garantis par une hypothèque légale remontant invariablement à la date du mariage, elles ne sont pas, comme les mineurs ou interdits, fondées à demander que la totalité du prix de l'immeuble soit conservée ou consignée par l'acquéreur, pour la sûreté des droits qui pourraient prendre naissance après la clôture de l'ordre, et qui ne se trouveraient garantis que par des hypothèques postérieures à celles des autres créanciers [15].

Mais aussi, à la différence du mineur ou de l'interdit, la femme mariée est-elle autorisée à réclamer une collocation actuelle, pour toutes ses créances déjà existantes, et ouvertes en ce sens qu'elles ne dépendent plus d'aucune condition, par exemple pour ses répétitions dotales, pour le prix de ses propres aliénés, ou l'indemnité des dettes auxquelles elle s'est coobligée avec son mari et qu'elle a déjà acquittées à sa décharge. Ce droit lui appartient, qu'elle soit ou non séparée de biens, avec cette différence toutefois que si elle est séparée de biens, elle pourra immédiatement toucher le montant de sa collocation, tandis qu'au cas contraire, elle ne le pourra qu'après la séparation de biens ou la dissolution du mariage [16].

D'un autre côté, la femme est en droit de réclamer, pour l'indemnité des dettes non encore soldées qu'elle a contractées avec son mari, pour ses gains de survie, et pour les autres conventions matrimoniales subordonnées à une condition quelconque, une collocation provisoire ou éventuelle, qui ne deviendra définitive que par l'arrivée de l'événement duquel dépendent les créances de cette nature [17].

[15] *Nec obstat* art. 2195, al. 3. Cet article dit bien qu'aucun paiement ne peut être fait au préjudice des droits et créances de la femme, garantis par une hypothèque remontant au jour du mariage, ou tout au moins à une époque antérieure aux inscriptions des autres créanciers. Mais ce serait en forcer le sens que d'en appliquer la disposition à des droits de la nature de ceux dont il est question au texte. Bertauld, *op. cit.*, p. 209 et suiv. Req. rej., 21 juillet 1847, Sir., 47, 1, 653. Cpr. Orléans, 29 mars 1862, Sir., 62, 2, 245. — Il convient toutefois de remarquer que par suite d'actes d'administration du mari, tels que l'aliénation d'objets mobiliers, ou le recouvrement de créances appartenant d'ores et déjà à la femme, celle-ci pourra devenir créancière de sommes dont la restitution se trouvera garantie par une hypothèque remontant à la date du mariage, et il semble qu'elle soit fondée à demander une collocation provisoire pour des créances éventuelles de cette nature, dont le montant peut être apprécié par le juge.

[16] Civ. cass., 24 juillet 1821, Sir., 21, 1, 422. Toulouse, 30 juin 1858, Sir., 59, 2, 474. Cpr. Besançon, 20 novembre 1852, Sir., 53, 2, 127.

[17] Arg. art. 1180. Cpr. § 285, texte nº 2; et note 15 *supra in fine*. Bertauld, *op. et loc. citt.* Voy. aussi les autorités citées à la note suivante.

Toutefois, les créanciers postérieurs à la femme pourraient demander la distribution à leur profit, des sommes pour lesquelles cette dernière n'aurait été que provisoirement colloquée, en offrant de lui en garantir la restitution éventuelle au moyen d'un gage hypothécaire suffisant [18].

Quant aux deniers qui resteraient disponibles après les collocations actuelles ou provisoires obtenues par la femme, ils doivent être distribués entre les créanciers qui la suivent en rang, sans qu'elle puisse s'opposer à cette distribution, ni exiger une caution de la part de ces deniers, à raison de droits que pourraient faire naître à son profit des événements ultérieurs, et qui ne seraient pas garantis par une hypothèque remontant au jour du mariage.

Les créanciers subrogés à l'hypothèque légale d'une femme mariée, sont admis à réclamer à leur profit personnel, jusqu'à concurrence de leurs créances, toutes les collocations que la femme elle-même serait en droit de demander. Leur position est même, sous certains rapports, plus favorable que celle de la femme. Ainsi ils sont, même hors du cas de séparation de biens, autorisés à toucher immédiatement les collocations actuelles obtenues du chef de la femme. Ainsi encore, le créancier que la femme a subrogé expressément ou tacitement à son hypothèque légale, en se coobligeant avec son mari, peut demander une collocation actuelle et définitive pour le montant de sa créance, au rang hypothécaire auquel la femme elle-même aurait pu réclamer une collocation provisoire en raison de son indemnité éventuelle. Le créancier est autorisé à exercer ce droit pour une créance à terme, avant qu'elle soit échue, et sans être tenu de constituer, au préalable, le mari en demeure d'acquitter sa dette.

Du reste, en cas de déconfiture ou de faillite du mari, les créanciers, subrogés ou non à l'hypothèque légale de la femme, sont autorisés à exercer tous les droits hypothécaires de leur débitrice, comme ils pourraient le faire si la communauté se trouvait dissoute et que la femme y eût renoncé [19]. Art. 1446.

[18] Persil, sur l'art. 2184, nº 5. Grenier, I, 271. Troplong, IV, 993. Pont, nº 1426. Amiens, 9 février 1829, Sir., 29, 2, 171. Civ. rej., 16 juillet 1832, Sir., 32, 1, 833. Req. rej., 25 mars 1834, Sir., 34, 1, 272. Orléans, 1er décembre 1836, Sir., 37, 2, 89. Req. rej., 2 janvier 1838, Sir., 38, 1, 560. Paris, 30 juin 1853, Sir., 55, 2, 177.

[19] Opr., § 516, texte nº 1, et notes 3 à 6.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE

FIN DU DEUXIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

contenues dans le deuxième volume.

SECONDE PARTIE.

DES DROITS CIVILS CONSIDÉRÉS SOUS LE RAPPORT DES OBJETS AUXQUELS ILS S'APPLIQUENT.

§§	Introduction.	Pages.
162	I. Des objets des droits civils en général.	1
	II. Des différentes divisions des choses et des biens	3
	A. De la distinction des choses considérées en elles-mêmes.	
163	1. De la division des choses en meubles et en immeubles. — Généralités.	4
164	Continuation. Classification des immeubles et des meubles corporels.	4
165	Continuation. — Extension aux objets incorporels, de la division des choses corporelles en meubles et en immeubles	21
166	2. Des choses qui se consomment et de celles qui ne se consomment pas par l'usage; et accessoirement des choses fongibles et de celles qui ne le sont pas	29
167	3. Des choses divisibles et des choses indivisibles. 4. Des choses principales et des choses accessoires.	30
	B. De la distinction des choses relativement au droit de propriété.	
168	1. Des choses qui sont ou non susceptibles de propriété. — *Res communes.* — *Res nullius.* — *Res derelictæ*	31
169	Continuation. Des choses comprises dans le domaine public	33
170	Continuation. Des choses formant l'objet d'un droit de propriété proprement dit; et spécialement de celles qui se trouvent comprises dans le domaine privé de l'État, des départements et des communes.	36
171	2. Des choses qui sont dans le commerce, et de celles qui n'y sont pas.	40
172	III. Des différentes espèces de droits.	42
	IV. Notions générales sur l'acquisition des droits réels et des droits personnels proprement dits.	
173	Des différentes manières d'acquérir en général	44
174	De l'acquisition par l'effet des conventions en particulier. — Notions générales sur la transcription	46
174bis	De la manière dont s'effectue la transcription. — Des actes qui, sous le rapport de leur forme, sont susceptibles d'y être soumis. — Des personnes qui peuvent ou qui doivent la requérir.	57
175	Des différentes espèces de successeurs	60
176	De la position des successeurs particuliers au point de vue des droits qui leur compètent en cette qualité	62
176bis	De la position des successeurs particuliers, en ce qui concerne les obligations de leur auteur	66
	V. De la possession et des actions possessoires	67
	A. De la possession.	
177	Notion de la possession	68
178	Des objets susceptibles de possession ou de quasi-possession . . .	70
179	De l'acquisition et de la perte de la possession, et de la quasi-possession.	71
180	Des vices de la possession (Précarité, clandestinité, violence) . .	80

§§		Pages
181	De la translation, de l'accession, et de la continuation de la possession.	87
182	Des effets de la possession et de la quasi-possession en général . .	92
183	Des effets de la possession en matière mobilière en particulier . .	95
	B. Des actions possessoires.	
184	Notions générales	106
	1. Des règles communes aux diverses actions possessoires.	
185	Des choses et des droits susceptibles de former l'objet d'une action possessoire	108
186	De la compétence en matière d'actions possessoires. — De l'introduction de ces actions, du délai dans lequel elles doivent être intentées, et de leur instruction. — Des rapports du possessoire et du pétitoire.	122
	2. Des règles spéciales aux diverses actions possessoires.	
187	*a*. De la complainte	132
188	*b*. De la dénonciation de nouvel œuvre	145
189	*c*. De la réintégrande.	146
	Livre premier. Des droits sur les objets extérieurs, considérés individuellement.	
	Première division. Des droits réels (*jus rerum*).	
	Section première. De la propriété.	
190	Introduction	151
	Chapitre I. Des facultés inhérentes à la propriété, et de son étendue quant aux objets sur lesquels elle porte.	
191	I. Des facultés inhérentes à la propriété	153
192	De l'étendue de la propriété quant aux objets sur lesquels elle porte.	160
	Chapitre II. Des restrictions et des limites auxquelles est soumis et dans lesquelles se trouve circonscrit l'exercice du droit de propriété. — Des obligations légales imposées au propriétaire comme tel.	
193	I. Des restrictions apportées dans l'intérêt public à l'exercice du droit de propriété	168
	II. Des limites dans lesquelles se trouve circonscrit l'exercice du droit de propriété pour l'intérêt réciproque de fonds voisins.	
194	Généralités	173
195	1. De la défense de déverser sur le fonds voisin des eaux pluviales, ménagères, ou industrielles, et spécialement de l'égout des toits.	178
196	2. Des jours et des vues sur un fonds voisin	180
197	3. De la distance à laquelle les arbres doivent être tenus du fonds voisin. — Des branches qui s'étendent sur ce fonds et des racines qui s'y avancent	189
198	4. De la distance à observer et des ouvrages intermédiaires à établir pour empêcher que certains travaux ou dépôts faits dans un fonds ne deviennent dommageables aux fonds voisins	195
	III. Des obligations légales imposées aux propriétaires de fonds contigus, dans leur intérêt réciproque.	
199	1. Du bornage.	198
200	2. De la clôture forcée	206
	Chapitre III. Des manières d'acquérir la propriété.	
201	I. De l'occupation. De l'occupation proprement dite (*Chasse. Pêche*). De l'occupation par fait de guerre. De l'invention (*Trésor*, *Épaves*).	210
	II. De l'accession.	

§§		Pages
202	Généralités	219
203	1. De l'accession d'une chose immobilière à un immeuble (*Alluvion. Avulsion. Iles, îlots et attérissements. Lit abandonné*). . .	221
204	2. De l'accession de choses mobilières à un immeuble	229
205	3. De l'accession d'un meuble à un meuble.	237
206	III. De l'acquisition des fruits perçus par un possesseur de bonne foi.	239
	IV. De l'acquisition de la propriété par l'effet des conventions.	
207	Aperçu historique.	248
208	De la transcription des actes entre-vifs, à titre onéreux, et des jugements, au point de vue de la transmission de la propriété immobilière, d'après la législation antérieure à la loi du 23 mars 1855 .	255
209	De la transcription des actes entre-vifs, à titre onéreux, et des jugements, au point de vue de la transmission de la propriété immobilière, d'après la loi du 23 mars 1855	257
	V. De l'usucapion ou de la prescription acquisitive.	
210	Notions préliminaires.	290
	A. Des règles communes à l'usucapion et à la prescription proprement dite.	
211	Des personnes qui peuvent prescrire, et de celles contre lesquelles on peut prescrire	292
212	Du temps requis pour prescrire, et principalement de la manière de le calculer	293
213	Du moment auquel la prescription devient possible et commence à courir, ou de son point de départ en général.	295
214	De la suspension de la prescription	301
215	De l'interruption de la prescription	310
215bis	Des dispositions transitoires relatives à la prescription	327
	B. Des règles particulières à l'usucapion de la propriété.	
216	Généralités	330
217	De la possession requise pour l'usucapion	331
218	Des conditions spécialement requises pour l'usucapion par dix à vingt ans, et des effets qui sont attachés à son accomplissement . . .	335
219	Chapitre IV. Des actions qui naissent du droit de propriété.	
	Action en revendication. Action négatoire	347
	Chapitre V. De l'extinction, de la perte, et de la révocation de la propriété.	
220	De l'extinction absolue et de la perte relative de la propriété . . .	356
220bis	De la révocation de la propriété	357
	Appendice à la propriété. Des formes particulières que peut affecter le droit de propriété.	
	A. De la copropriété portant sur des choses individuellement considérées.	
221	1. De la copropriété ordinaire	360
221bis	2. De la copropriété résultant du concours de plusieurs propriétaires ayant droit chacun à des produits différents d'un même fonds .	366
221ter	3. De la copropriété avec indivision forcée	368
222	4. De la mitoyenneté.	373
223	B. De la propriété restreinte à certaines parties matériellement déterminées d'un immeuble corporel	390

§§		Pages
	1° De la propriété de constructions établies sous le sol d'autrui et de la propriété restreinte à certaines parties d'un bâtiment . . .	390
	2° Du droit de superficie.	391
	3° Des mines	395
	C. De la propriété pleine ou moins pleine.	
224	Notions générales. Aperçu historique sur le domaine direct et le domaine utile, et sur le rachat des rentes foncières	398
224bis	De l'emphytéose temporaire.	404
224ter	Des rentes foncières d'après la législation actuelle	408
	Section deuxième. Des servitudes.	
225	Notion et division des servitudes	412
	Chapitre I. Des servitudes personnelles.	
	I. De l'usufruit.	
226	Notion de l'usufruit	414
227	Des différentes manières dont l'usufruit peut être établi.	415
228	De l'établissement de l'usufruit par la volonté du propriétaire. . .	416
229	Des obligations de l'usufruitier avant son entrée en jouissance. . .	420
230	Des droits de l'usufruitier	427
231	Des obligations de l'usufruitier pendant la durée de sa jouissance. .	441
232	De la position de l'usufruitier, quant aux dettes qui grevaient le patrimoine du constituant ou qui forment des charges de son hérédité.	449
233	Des obligations et des droits du nu-propriétaire pendant la durée de l'usufruit.	452
234	Des différentes manières dont l'usufruit prend fin.	455
235	Des conséquences de l'extinction de l'usufruit	466
236	Appendice. — Du quasi-usufruit. — De l'usufruit d'un fonds de commerce, et de celui d'un troupeau	469
237	II. De l'usage et de l'habitation	475
	Chapitre II. Des servitudes réelles ou services fonciers.	
238	Introduction	480
	I. Des servitudes établies par la loi.	
239	A. Des servitudes légales d'utilité publique ou communale	483
	B. Des servitudes légales d'utilité privée.	
239bis	Notions générales.	485
240	De la servitude relative à l'écoulement des eaux, établie par l'art. 640.	487
241	Des servitudes relatives à l'irrigation.	491
	1° De la servitude d'acqueduc	491
	2° De la servitude d'écoulement des eaux d'irrigation.	496
	3° De la servitude d'appui	497
	4° Dispositions communes à ces trois servitudes	499
242	Des servitudes concernant l'écoulement artificiel à procurer aux eaux nuisibles	500
243	De la servitude de passage pour cause d'enclave	503
	Appendice aux servitudes légales. De la propriété et de l'usage des eaux.	
244	1. Des eaux de source	510
245	2. Des eaux pluviales	519
246	3. Des eaux courantes	522
	II. Des servitudes établies par le fait de l'homme.	
247	Notions générales sur ces servitudes	534

§§		Pages
248	Des différentes divisions des servitudes	539
249	De l'établissement des servitudes par le fait de l'homme en général.	542
250	De l'établissement des servitudes par titre	544
251	De l'acquisition des servitudes par prescription	549
252	De la constitution des servitudes par destination du père de famille.	555
253	Des droits du propriétaire de l'héritage dominant, et des actions qui lui compètent	560
254	Des obligations et des droits du propriétaire de l'héritage servant .	568
255	Des différentes manières dont les servitudes s'éteignent.	571
	Section troisième. Des hypothèques et des priviléges.	
	Introduction.	
256	Des causes de préférence, et de certaines sûretés spéciales, que la loi ne range pas au nombre de ces causes	582
256bis	Du droit de rétention.	584
	Chapitre I. Aperçu historique sur le régime hypothécaire. — Notions générales sur les priviléges et les hypothèques.	
257	Aperçu historique.	590
258	Des caractères distinctifs des priviléges et des hypothèques. . . .	592
259	Des objets qui sont susceptibles de priviléges ou d'hypothèques . .	594
	Chapitre II. Des différents priviléges établis par le Code Napoléon.	
	A. Des priviléges sur les meubles.	
260	I. Des priviléges généraux sur les meubles	596
261	II. Des priviléges sur certains meubles	606
	B. Des priviléges sur les immeubles.	
262	I. Des priviléges qui s'étendent sur les meubles et sur les immeubles.	630
263	II. Des priviléges sur certains immeubles	631
	Appendice au chapitre II. Des priviléges établis par des lois spéciales.	
263bis	I. Des priviléges du trésor public (art. 2098)	640
	II. Des priviléges établis par le Code de commerce	650
	III. Des priviléges établis par différentes lois spéciales	655
	Chapitre III. Des différentes espèces d'hypothèques.	
	A. Des hypothèques légales.	
264	Généralités	661
264bis	1. De l'hypothèque légale des mineurs et des interdits	666
264ter	2. De l'hypothèque légale des femmes mariées.	675
264quat.	3. De l'hypothèque légale établie au profit de certaines personnes morales	702
265	B. De l'hypothèque judiciaire	704
266	C. De l'hypothèque conventionnelle.	713
	Chapitre IV. De l'inscription des priviléges et des hypothèques.	
267	Généralités sur l'inscription.	736
268	Des fonctionnaires chargés de procéder à l'inscription. — Notions générales sur les attributions et la responsabilité des conservateurs des hypothèques	738
269	Des exceptions ou modifications apportées au principe de la nécessité de l'inscription	748
270	Des personnes au nom desquelles l'inscription doit être prise. — De celles qui ont qualité pour la requérir. — Du rôle des conservateurs des hypothèques quant aux inscriptions à prendre. . . .	764

§§		Pages
271	Des personnes au nom desquelles l'inscription doit être prise. — Des titres en vertu desquels elle peut être requise	769
272	A partir de quelle époque et jusqu'à quelle époque l'inscription peut être prise.	774
273	De la spécialité de l'inscription, en ce qui concerne les immeubles grevés.	781
274	De la spécialité de l'inscription, en ce qui concerne la créance pour sûreté de laquelle elle est prise.	783
275	Des conditions à remplir par celui qui requiert l'inscription, et de la manière dont elle s'opère.	786
276	Des éléments constitutifs de l'inscription. — Des conséquences de l'omission ou de l'irrégularité des mentions et énonciations requises.	788
277	De la rectification des inscriptions irrégulières.	798
278	Des règles spéciales concernant la conservation des priviléges soumis à la condition de publicité	799
280	Du renouvellement décennal des inscriptions et de leur péremption .	814
281	De la radiation des inscriptions	826
282	De la réduction des inscriptions	835
	Chapitre V. Des effets des priviléges et des hypothèques, abstraction faite du rang des créanciers entre eux.	
283	Généralités	841
284	1. Des effets de l'hypothèque quant à l'immeuble qui en est grevé .	845
285	2. Des effets de l'hypothèque, en ce qui concerne la créance à laquelle elle est attachée.	853
286	3. Des rapports que l'hypothèque établit entre le créancier et le débiteur, considéré comme propriétaire de l'immeuble grevé . . .	862
287	4. De la poursuite de l'hypothèque contre le tiers détenteur, et des rapports que l'hypothèque établit entre lui et les créanciers hypothécaires	870
288	5. De la transmission des priviléges et des hypothèques en général ..	886
288bis	Continuation. — Des renonciations et subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées en particulier	893
	Chapitre VI. Du rang des priviléges et des hypothèques.	
289	Du rang des priviléges sur les meubles.	907
290	Du rang des priviléges sur les immeubles	912
291	Du rang des hypothèques	914
	Chapitre VII. De l'extinction des priviléges et des hypothèques.	
292	I. Des modes d'extinction communs aux hypothèques et aux priviléges, soit sur les meubles, soit sur les immeubles.	916
293	II. Des modes d'extinction particuliers aux priviléges sur les immeubles et aux hypothèques	920
	III. De la purge des priviléges et des hypothèques.	
293bis	1. Notion de la purge. — Des acquisitions auxquelles elle s'applique. — Des personnes qui jouissent de la faculté de purger. — Des diverses espèces de purge.	925
294	2. De la purge des priviléges et des hypothèques rendus publics par l'inscription	937
295	3. De la purge des hypothèques légales dispensées d'inscription, et non inscrites	964

FIN DE LA TABLE DU DEUXIÈME VOLUME.

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE