

Feidel, Frédéric. Université de France. Académie de Rennes. Faculté de droit. Thèse pour le doctorat. Du Droit de suite en matière hypothécaire... par M. Frédéric Feidel,.... 1859.

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](mailto:reutilisation@bnf.fr).

E

39

REPOU...  
...  
39  
29

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT



THÈSE

POUR

LE DOCTORAT.

34289

*À mon Père.*

---

*À ma Sœur, à mes Amis.*

(i.)

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADÉMIE DE RENNES.

---

Faculté de Droit.

---

# THÈSE POUR LE DOCTORAT.

---

Du Droit de Suite en matière hypothécaire.

---

Cette thèse sera soutenue le mardi 17 mai 1859, à deux heures du soir,

PAR

**M. Frédéric FEILDEL,**

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE DE RENNES.

---

Examineurs :

MM. RICHELLOT, *doyen*; BIDARD, DE CAQUERAY, BODIN, *professeurs*;  
ARNAULT-MÉNARDIÈRE, *suppléant provisoire*.

---

RENNES

IMPRIMERIE DE CH. CATEL ET C<sup>ie</sup>,  
rue du Champ-Jacquet.

---

1859.

La matière hypothécaire est sans contredit la plus importante de toutes celles qui doivent entrer dans la composition d'un Code Civil. Elle intéresse la fortune mobilière et immobilière de tous les citoyens; elle est celle à laquelle toutes les transactions sociales se rattachent.

M. RÉAL.

# PREMIÈRE PARTIE.

## Du droit de suite sous l'empire du droit romain.

### CHAPITRE PREMIER

#### HISTORIQUE DE L'HYPOTHÈQUE SOUS LA LÉGISLATION ROMAINE.

1. — La raison, dont la loi n'est en définitive que l'expression, veut que celui qui a contracté une obligation soit tenu de remplir cette obligation. Sous la loi des XII Tables, avant l'institution du préteur, on ne connaissait à Rome, en droit, qu'une seule nature d'obligation, l'obligation civile, prenant sa source soit dans un contrat, soit dans un délit (1). Par le fait de l'obligation, le citoyen engageait *sa foi* vis-à-vis d'un autre citoyen; il

(1) *Omnis obligatio, vel ex contractu nascitur, vel ex delicto.* Gaius, L. III, § 8.

s'obligeait à donner, à faire ou à ne pas faire, et diminuait ainsi sa liberté antérieure par rapport à son créancier; en engageant sa foi, en restreignant sa liberté première. A l'égard du citoyen, c'était sa personne même qu'il engageait; il cessait de s'appartenir complètement à lui-même, il n'était plus sien, *nec suus*, et de là les mots (1) *nexus*, *nexum*, mots qui exprimaient le droit qu'avait, pour le paiement de sa dette, le créancier sur le débiteur (2). Le débiteur *mancipait* au créancier sa propre personne, sa famille et ses biens. La personne tout entière du débiteur était alors affectée à la sûreté de son engagement; s'il n'était pas dégagé de son lien (*solutus*), il était le gage naturel de son créancier; et, faute de paiement, il appartenait à ce créancier, non-seulement comme individu, mais dans sa personne civile, c'est-à-dire dans sa qualité de père de famille, et avec les enfants qui étaient sa chose : *propter domesticam ruinam, et grave æs alienum*. C. Plotio *nexum se dare coactum*, dit Valère Maxime (3). Varron confirme cette donnée : « *Liber, qui suas operas*

(1) Varron, *De ling. lat.*, VI, 5.

(2) Nous ferons observer que cette expression de *nexus* désignait à Rome primitivement toutes les obligations qui se contractaient *per æs et libram*, et que le *nexus* dont il s'agit ici n'était qu'un cas particulier.

(3) Valère Maxime, VI, 1, 9.

*in servitutem pro pecunia quam debebat, iabat, dum solveret, nexus vocatus.* » (1)

Quel que soit son degré de civilisation, tout peuple a besoin de crédit pour soutenir les transactions commerciales, et pour que ce crédit existe, il faut que les prêteurs, que les créanciers aient une garantie qui leur assure le remboursement de leurs créances. A Rome, par suite de cette mancipation de sa personne faite par le débiteur au créancier, lorsqu'il contractait envers lui une obligation, c'était le débiteur lui-même, avec sa famille et ses biens, qui devenait le gage du créancier. Si, au terme fixé, le débiteur ne pouvait pas se libérer de son obligation, après avoir été conduit en jugement (*addictus*), il devenait la chose du créancier. Le débiteur qui avait été condamné, ou qui avait avoué la dette devant le magistrat, avait un délai de trente jours pour chercher à s'acquitter. Ces trente jours étaient appelés *justi*, parce qu'ils constituaient un armistice légal (*justicium*) (2). Ce premier délai expiré, le créancier citait son débiteur devant le magistrat, et, s'il ne payait pas, ou s'il ne trouvait pas un *vindex* qui consentit à se charger de sa dette, il était adjugé au créancier; et bien que citoyen et ingénu,

(1) Varron, *ling. lat.*, VII, 5.

(2) Aul.-Gell., *noct. act.*, t. XX, 1. — Cicero, *phil.* V, 12. — *De harusp.*, 26. — Tite-Live, III, 5.

celui-ci pouvait le retenir chez lui pendant soixante jours dans une prison particulière (1), le conduire sur la place publique à trois reprises différentes, un jour de marché, le charger d'une chaîne de fer, dont le poids avait été fixé à quinze livres, puis le vendre comme esclave au-delà du Tibre (*peregre trans Tiberim*) (2). Aulu-Gelle nous a transmis à ce sujet des renseignements précieux, et c'est par lui que nous connaissons le texte même de la loi des XII Tables, lequel était ainsi conçu : *Æris confessi debitorique jure judicatis triginta dies justi sunt; post deinde manus injecto esto; in jus ducito nisi judicatum facit, aut qui endo em jure vindicit, secum ducito; vincito aut nervo, aut compedibus, quindecim pundo ne majore, aut si volet, minore vincito. Si volet suo vivito; nisi suo vivit qui em vinctum habebit libras farris in dies dato; si volet plus dato* (3). Non-seulement le créancier avait droit de vendre son débiteur, mais encore il pouvait le mettre à mort; et, s'il y avait plusieurs créanciers, ces créanciers avaient le droit de se partager le corps du débiteur qui leur était livré.

(1) Tite-Live avoue, liv. VI, 36, que les maisons des patriciens devenaient dans les temps de misère de véritables prisons pleines de débiteurs, *gregatim quotidie de foro addictos duci et replevi vincti nobiles domos : et ubicumque patricius habitet tibi privatam carcerem esse.*

(2) Aulu-Gelle, *noct. attic.* XX, 1.

(3) Aulu-Gelle, *loc. cit.*

Plusieurs auteurs ont révoqué en doute la vérité de ce fait, et prétendu que cette loi ne devait pas être prise à la lettre, et qu'il devait s'agir ici uniquement du partage du prix produit par la vente du débiteur. Si naturelle et si vraisemblable que puisse paraître cette explication, au point de vue de nos idées modernes, je ne crois pas qu'elle puisse être admise en présence des textes des écrivains du III<sup>e</sup> siècle. Voici ce que nous apprend à ce sujet Aulu-Gelle (*loco citato*) : *Tertiis autem nundinis capite pœnas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant. Sed eam capitis pœnam sancienda, sicut dixi, fidei gratia, horrificam atrocitatis ostentu novisque terroribus metuendam reddiderunt, nam si plures forent quibus reus esset iudicatus, secare si velint atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. Nihil profecto immitius, nihil immanius; nisi, ut reipsa apparet, eo consilio tanta immanitas pœnæ denuntiata est, ne ad eam unquam perveniretur....* Quintilien, *Instit. orat.* III., 6, et Tertulien dans son *Apologétique*, C. 4, sont aussi explicites sur ce point.

II. — Ces rigueurs, empreintes de la barbarie des premiers temps, tombèrent peu à peu en désuétude, et en l'an de Rome 428 le *nexus* fut aboli par la loi *Petilia*; mais en diminuant les garanties qu'offrait au créancier la mancipation que le débiteur lui faisait de sa personne, la législation lui donna de nouvelles sûretés. Au lieu d'of-

offrir au créancier la garantie *personnelle* d'un seul répondant, on s'avisa de lui en offrir plusieurs, et d'adjoindre au citoyen qui contractait soit une obligation civile, soit une obligation naturelle, des cautions (*sponsores, fidepromissores, fidejussores* (1)), qui s'obligeaient comme le stipulant vis-à-vis des créanciers.

Mais, si le principe se trouva ainsi étendu, il n'en resta pas moins le même, et les créanciers continuèrent à n'avoir pour sûreté de leurs créances qu'une garantie ou des garanties *personnelles*; et quoique peut-être « un tel usage, appelant à chaque instant les citoyens à répondre les uns pour les autres, fût en définitive plus digne et plus moral que les garanties toutes matérielles que les modernes tirent presque exclusivement de la richesse foncière (2), » la nécessité de consolider le crédit fit arriver peu à peu à l'idée d'affecter à la garantie des créances, non pas *les personnes* seulement, mais aussi *les choses*.

III. — On s'avisa d'abord de transporter au créancier une chose en pleine propriété (3), en la lui mancipant ou en la lui cédant *in jure, sub jure remanicipationis*, ou

(1) Gaius, Com. II, § 118-129.

(2) Bonjean, *Traité des actions*, § 285.

(3) *Fiducia est, quum res aliqua, sumenda mutuae pecuniae gratia, vel mancipatur vel in jure ceditur.* Isidorus, *Origin.*, liv. V, cap. 25.

*sub fiducia*, c'est-à-dire en convenant avec le créancier qu'il remanciperait ou rétrocéderait la chose au débiteur, aussitôt que celui-ci aurait payé sa dette. Ce procédé, indépendamment de son inconvénient, avait cet inconvénient grave que les débiteurs n'étaient pas suffisamment assurés contre une perte injuste de la chose ainsi aliénée, pour le recouvrement de laquelle, ayant perdu la propriété, ils n'avaient plus la revendication, et, à défaut d'action réelle, devaient user d'actions personnelles, de telle sorte que, si, dans l'intervalle, le créancier avait aliéné tout ou partie de l'immeuble mancipé avec clause de fiducia, le débiteur n'avait aucun moyen de recouvrer son ancienne propriété (1). A cette fiducia se rattachait une *usucapion* d'une nature particulière, que l'on appelait *usu receptio*. *Qui rem alicui, fiduciæ causa mancipatio dederit, nous dit Gaius, vel in jure cesserit, si eandem ipse possiderit, potest usucapere anno completo, etsi soli sit. Quæ species usucapionis dicitur usu-receptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem* (2).

IV. — On voit facilement combien, si cet usage de fiducia offrait au prêteur des avantages extraordinaires, il

(1) Il n'est pas inutile de faire remarquer ici la ressemblance existant entre cette cession de propriété sous clause de fiducia et notre vente à réméré.

(2) Gaius, II, § 51.

pouvait d'un autre côté, au contraire, devenir nuisible au débiteur, et partant, combien peu il était propre à venir en aide au crédit. Aussi ne tarda-t-on pas à l'abandonner, et on arriva d'assez bonne heure à l'idée du gage proprement dit (*pignus*), consistant dans le nantissement d'une chose au créancier, avec la simple permission à lui donnée de posséder la chose jusqu'à ce qu'il soit satisfait, et de la vendre au besoin pour se procurer le montant de l'obligation. *Pignus est enim quod propter rem creditam obligatur, cujusque rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor* (1). Pour arriver à ce résultat, on imagina d'abord de procéder sous la forme de la *pignoris capio* à une saisie contre le débiteur, comme moyen de contrainte et d'exécution, et de là on passa facilement à l'idée de faire naître un tel *pignus* d'une remise conventionnelle que le débiteur ferait de la chose au créancier. Avec ce système, la position du débiteur s'améliora, car pourvu qu'il payât sa dette à l'échéance, il ne courait plus le risque de perdre la propriété de son gage, et indépendamment de son action personnelle contre le créancier (*pignoratitia directa*), il lui restait toujours la *reventio* pour poursuivre sa chose, non-seulement aux mains du créancier, mais aussi aux mains des tiers acquéreurs.

(1) *Isidorus, Origin., lib. V, cap. 25.*

Quant au créancier, au contraire, il vit ses sûretés diminuer, car le droit de possession qu'il obtenait sur la chose à lui donnée en nantissement n'étant point garanti contre les tiers par une action réelle (*in rem actio*), il n'y trouvait pas une sûreté durable et entière.

V. — Tout imparfaite qu'elle était, cette institution du gage offrait néanmoins de grands avantages sur toutes celles qui l'avaient précédée, mais cependant elle ne tarda pas à être remplacée par un nouveau système de crédit qui, tout en laissant au débiteur la jouissance et la propriété de sa chose, conférait au prêteur un droit réel sur cette chose, et le garantissait ainsi contre tout dommage. Ce fut le prêteur *servus* qui fit le premier pas vers l'établissement d'un droit réel de gage, en accordant au créancier, et dans un cas spécial, sous le nom de *serviana actio*, une action réelle contre tout possesseur de la chose engagée, afin d'en obtenir la restitution à l'effet d'exercer le droit de gage, et en décidant que dans certains cas particuliers les parties pourraient, sous simple pacte et sans *tradition* de la part du débiteur, constituer un gage. Cette action, créée pour un cas spécial, fut ensuite étendue, sous la dénomination de *quasi serviana actio*, à tous les cas, et l'on arriva ainsi à imprimer au gage en général un caractère de droit réel, et à créer l'hypothèque.

Pour résumer, en un mot, ce rapide aperçu historique,

voici quelles sont les différentes phases qu'a suivies la législation romaine pour arriver par la création de l'hypothèque à sauvegarder les intérêts des créanciers et à étendre le crédit :

1° *Nexus*, — garantie *personnelle* offerte aux créanciers;

2° *Stipulatio*, — avec des *sponsors*, des *fide-promissores* et des *fide-jussores*; garantie *personnelle* offerte aux créanciers, mais rendue plus forte par les cautions;

3° *Fiducia*, — garantie *matérielle* donnée au créancier par suite de la cession de propriété de l'objet donné en fiducie;

4° *Pignus*, — garantie *matérielle* donnée au créancier par suite de la possession d'une chose qu'il avait droit de faire vendre;

5° *Hypotheca*, — garantie *matérielle* donnée au créancier par suite du droit *réel* qui lui est conféré sur la chose, sans que le débiteur perde ni la propriété, ni dans certains cas la possession de cette chose.

---

## CHAPITRE II.

### SECTION I.

#### Des effets produits par l'hypothèque.

VI. — Examinons maintenant quels étaient les effets produits par l'hypothèque telle qu'elle avait été constituée à Rome, après que la création de l'action prétorienne *quasi serviana* fut venue, ainsi que nous venons de le raconter dans le chapitre précédent, lui donner naissance. Avant de rechercher quels étaient ses effets à l'égard du créancier, essayons de donner un aperçu rapide de la position dans laquelle se trouvait le débiteur gagiste (1).

I. Ainsi que nous l'avons dit, après la constitution du gage, le constituant demeurait propriétaire de la chose engagée ou hypothéquée tant qu'elle n'avait pas été vendue.

De là il résulte :

1° Que les risques de la chose hypothéquée étaient pour le compte du constituant (2);

(1) Nous nous servons indifféremment du mot *gage* ou du mot *hypothèque*.

(2) Loi 21, § 2.

2° Que celui-ci conservait la possession de la chose hypothéquée ;

3° Qu'il pouvait librement disposer de cette chose en tant qu'il ne portait pas atteinte au droit du créancier. Il pouvait donc grever cette chose de servitude, l'affecter de nouvelles hypothèques et l'aliéner. Mais l'hypothèque la suivait entre les mains du nouveau propriétaire (1), et si le débiteur avait vendu à l'insu et sans le consentement du créancier un objet mobilier affecté d'hypothèque, il se serait rendu coupable d'un vol. Cependant la propriété de cet objet eût été transférée à l'acquéreur (2) ;

4° Que le constituant pouvait disposer pour cause de mort de la chose engagée ;

5° Qu'il pouvait la revendiquer contre les tiers autres que le créancier, ou même contre celui-ci s'il n'a qu'une simple hypothèque, ou si, ayant reçu une chose en gage, il la garde après parfait paiement de la dette (3) ;

6° Enfin, qu'il continuait à posséder *ad usu capionem*.

II. Voyons maintenant quels étaient les droits du créancier hypothécaire.

Ces droits se résumaient pour ainsi dire en un seul

(1) Loi 15, *De pignoribus*, 15, au Code ; loi 18, § 2, *De pign., act.*

(2) Loi 19, § 6 ; l. 6, *Pr., De furtis*, Dig., XLVII, 2 ; Institut., § 10, *De oblig. quæ ex delict.* ; IV, 1 ; l. 36, *De noct. act.* ; D., IX, 4.

(3) Loi 9, *De pigno.*, Code, VIII, 11.

droit se présentant soit à l'égard du débiteur, soit à l'égard des tiers acquéreurs, soit à l'égard des cocréanciers, sous une forme unique, c'est-à-dire le droit d'obtenir la possession du gage, en quelques mains qu'il se trouve, et de le vendre pour se payer sur le prix. Ce droit unique contient :

1° Le droit de vendre la chose hypothéquée ;

2° Le droit de préférence ;

3° Le droit de suite.

Nous ne nous occuperons que de ce dernier.

VII. — En droit romain, le droit de suite était la faculté accordée au créancier d'agir contre tout détenteur de la chose hypothéquée pour se la faire remettre (1). Les moyens pour le créancier de faire valoir ce droit étaient l'action servienne et l'action quasi-servienne ou hypothécaire, de l'institution desquelles nous avons parlé précédemment, qui permettaient d'acquérir la possession de l'immeuble grevé d'hypothèque, et cette possession acquise, le créancier avait alors à sa disposition des interdits, soit pour la conserver si elle était troublée, soit pour la recouvrer quand il l'avait perdue. Nous n'avons à nous occuper ici que de l'action *quasi-servienne*.

(1) Loi 16, § 3, *hoc. tit.*

## SECTION II.

**De l'action quasi-servienne ou hypothécaire.**

Ainsi que nous l'avons dit précédemment, l'action servienne, applicable à une seule hypothèse, n'avait pas tardé à être étendue à tous les cas de gage, sous la dénomination d'action quasi-servienne ou hypothécaire.

Cette action est une action réelle (1), *re persecutoria* (2) et arbitraire.

Elle suppose que le demandeur a un droit de gage valable et qu'il n'est pas en possession.

L'action hypothécaire se donne contre tout détenteur, même contre un créancier hypothécaire postérieur en possession du gage, car le droit réel, existant au profit du premier créancier hypothécaire, est antérieur aux droits de celui-ci, et les droits réels suivent la chose en quelque main quelle passe. Aussi la chose jugée postérieurement à la constitution du gage, contre le débiteur qui a succombé en revendiquant sa propriété contre un possesseur étranger, ne nuit pas au créancier auquel cette propriété

(1) Loi 17.

(2) Loi 18, *De pign.*, Code VIII, 14.

avait été hypothéquée auparavant. Celui-ci garde son action hypothécaire contre le tiers détenteur qui a vaincu le constituant sur la question de propriété, et s'il prouve mieux son droit que ne l'a fait son débiteur, s'il montre que la chose était *in bonis debitoris* au temps où a eu lieu la constitution de gage, il obtiendra la possession de l'objet (1). Au contraire, le créancier n'aurait pas cette action hypothécaire si la constitution du gage n'avait eu lieu qu'après la perte du procès par le constituant, et cela quand bien même celui-ci aurait perdu *per injuriam judicis* (2), car dans ce cas il a été jugé que la chose n'était pas *in bonis debitoris*; celui-ci n'a pas pu, par conséquent, transférer à son créancier plus de droit qu'il n'en avait lui-même, et le tiers opposera efficacement l'*exceptio rei judicatæ* à l'action hypothécaire du créancier. La vérité de tout ceci est également prouvée par la loi 11, § 10, *De exceptio rei judicatæ*, Dig., lib. 44, tit. 2.

Dans les cas même où la convention de gage est antérieure au procès en revendication intenté par le constituant, le créancier hypothécaire ne conserverait pas l'action quasi-servienne, — s'il avait été partie dans le procès dans lequel le constituant a succombé.

(1) Loi 3, *Prin.* (*hoc. tit.*).

(2) Loi 3, § 1.

Ou si, sachant que le constituant allait agir, il ne l'a pas arrêté en agissant lui-même à titre de créancier gagiste, car il est réputé alors confier le soin de sa cause à son débiteur, et adopter d'avance comme rendue contre lui-même la sentence qui sera rendue contre celui-ci (1). Cependant dans cette seconde hypothèse il en sera différemment : si le débiteur a perdu son procès par suite d'une collusion par exemple, parce qu'il a agi contre un adversaire fictif, qu'il a laissé triompher afin de se débarrasser du droit de gage qui l'avait constitué à son créancier (2); ou bien si le débiteur a succombé, *causa non cognita* par défaut, faute de comparaitre. Dans ce cas, on ne peut dire que le débiteur ait succombé parce qu'il avait tort.

VIII. — L'action hypothécaire est accordée, non-seulement au créancier qui le premier a reçu un droit de gage sur la chose, mais encore aux créanciers postérieurs, pourvu qu'ils n'agissent pas contre un créancier antérieur (3). Le demandeur qui agit par l'action quasi-servienne doit prouver : son droit de créance, le fait de la constitution d'hypothèque, la circonstance que le défendeur est en possession de la chose hypothéquée ou qu'il

(1) Loi 20, § 1, *De except.*, Dig., XLIV, 2.

(2) Loi 5, *De pigno.*, Code, VIII, 14.

(3) Loi 12, § 7, *Qui potior est*, Dig.

a cessé de la posséder par son dol (1). S'il agit contre un autre créancier hypothécaire, il doit de plus prouver qu'il lui est préférable (2).

Souvenons-nous aussi que le créancier doit établir que le débiteur avait la chose *in bonis suis* au moment où il a constitué l'hypothèque : *si paret rem tempore quo contractum est, in bonis debitoris fuisse.* (Loi 15, § 1.)

Cependant, quant il ne s'agira pas d'un gage spécial, mais bien d'une hypothèque générale, c'est-à-dire comprenant même les biens futurs du débiteur, le demandeur n'aura pas à faire cette preuve en ce qui concerne ces derniers biens; ce qu'il devra prouver à leur égard, c'est qu'ils sont entrés depuis dans le domaine du débiteur.

IX. — L'époque à laquelle le créancier peut faire usage de l'action hypothécaire varie selon qu'il y a gage proprement dit ou hypothèque. S'il y a gage proprement dit, le créancier gagiste peut intenter l'action quasi-servienne à quelque moment que ce soit, même avant l'expiration du terme fixé pour le paiement, afin de recouvrer la possession du gage. S'il y a simplement hypothèque, le créancier ne peut agir qu'autant qu'il n'y a pas eu paiement à l'échéance; on suppose en effet facilement dans ce cas que le terme mis à l'exercice de l'action personnelle s'é-

(1) Loi 16, § 3.

(2) Loi 12, § 7, *Qui potior.*

tende aussi à l'action hypothécaire : *si paciscatur creditor ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse* (1). Cependant, la loi 14 *De pignoribus* semble décider formellement le contraire : *Quæsitum est si nundum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit et puto dandam pignoris persecutionem quia interest mea : et ita celsus scripsit.*

Pour concilier ces deux textes, on a eu recours à plusieurs systèmes d'interprétation.

Le créancier, a-t-on dit d'abord, peut, avant l'échéance du terme, faire usage de l'action quasi-servienne si la chose court des dangers entre les mains du débiteur; c'est là le sens de la loi 14 *De pign.* Mais si elle ne court aucun danger entre les mains de ce débiteur, s'il n'y a aucun péril pour le créancier, il sera obligé d'attendre l'arrivée du terme pour agir par l'action hypothécaire. C'est ce que nous dit la loi 5 *Quib. mod.* Ces deux lois prévoient donc deux espèces, deux cas différents, et ne sont nullement en désaccord.

M. Pellat a un autre système de conciliation que nous allons développer, et auquel nous déclarons nous ranger de préférence à celui que nous venons d'exposer. — Ce

(1) Loi 5, § 1, *Quibus mod. pign.*, Dig.

système consiste à dire que dans la loi 14 Ulpien n'a entendu parler que d'un créancier gagiste proprement dit. — (*An et medio tempore persequi pignora permittendum sit.*) On conçoit alors que cette loi décide que si le créancier gagiste vient à perdre la possession de l'objet, il pourra intenter l'action hypothécaire même avant l'échéance de la dette, pour recouvrer son objet. Mais dans la loi 5 de Marcien (*Qui. mod.*), au contraire, le créancier dont il est cas est un créancier purement hypothécaire. Il n'a pas été mis en possession, il s'est contenté d'un simple pacte d'hypothèque, *intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse*. S'il s'est contenté de ce simple pacte d'hypothèque sans exiger le contrat de gage, la possession immédiate de la chose, c'est qu'il ne tenait pas non plus à exercer l'action hypothécaire avant l'action personnelle, et le terme qui retarde l'une doit également suspendre l'exercice de l'autre.

X. — Si la dette garantie par une hypothèque est conditionnelle, le créancier ne peut agir qu'après l'arrivée de la condition. En effet, tant que la condition ne sera pas réalisée, il ne lui est réellement rien dû, et comme on ne peut pas concevoir un gage sans une dette à laquelle ce gage puisse se rattacher, il succombera s'il intente l'action hypothécaire (1). Néanmoins, la condition

(1) Pothier, liv. XX, tit 1<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 32, note 1.

venant à se réaliser, le créancier pourra dans ce cas intenter l'action hypothécaire (1); il n'aura pas à craindre qu'on le repousse dans ce cas en alléguant la *plus petitio*; car, quand il a été vaincu la première fois, ce n'est pas pour avoir abusé d'une action en demandant plus qu'il ne lui était dû, mais c'est pour avoir intenté à tort une action qui n'avait pas encore de base, d'objet, ou plutôt une action qui n'existait pas encore. Donc, quand la condition sera accomplie, comme il y aura alors une dette à laquelle pourra se rattacher l'hypothèque, droit accessoire de son essence, l'action hypothécaire ayant un objet pourra exister, et il sera loisible au créancier de l'intenter sans qu'on puisse lui objecter que cette action a déjà été jugée, car elle n'existait pas au temps de la sentence précédemment rendue.

Si, à l'inverse du cas que nous venons d'examiner, la dette est pure et simple et l'hypothèque conditionnelle, bien que le paiement n'ait pas lieu, le créancier ne pourra pas intenter utilement l'action hypothécaire tant que la condition ne se sera pas accomplie; mais, dans ce cas, le juge pourra faire donner caution par le possesseur de la chose hypothéquée, dans le but de garantir sa restitution après l'accomplissement de la condition, si le paiement de la dette n'a pas encore eu lieu à ce moment.

(1) Loi 13, § 5.

XI. — L'action hypothécaire, avons-nous déjà dit, a pour but de faire obtenir au créancier la possession de la chose engagée. Le juge doit donc rechercher si le défendeur possède la chose; s'il ne la possède pas et que ce soit sans son dol qu'il l'ait perdue, le juge l'absout; dans le cas contraire, il le condamne, si mieux il n'aime restituer (*aut solvat aut restituat*). C'est en cela que consiste son *arbitrium*.

Si nous examinons les lois 16, § 3 et 6, et 21, § 3, nous voyons que trois hypothèses peuvent se présenter :

1° Le débiteur restitue ou bien il paie la dette. Le juge devra l'absoudre;

2° Le détenteur est disposé à restituer la chose, mais il ne peut le faire de suite, parce que (je suppose par exemple) le gage se trouve dans un pays éloigné. Alors encore le juge devra l'absoudre; mais il lui fera promettre de restituer le gage dans un certain délai, et il pourra de plus, si cela est nécessaire et s'il le juge convenable, lui faire donner caution pour garantir l'exécution de cette promesse.

Mais à partir de ce moment, nous ferons observer que l'action hypothécaire avait eu son cours, avait produit son effet. Elle était donc épuisée; et si le détenteur ne restituait pas la chose, ce n'était que par l'action personnelle *ex stipulatu* que le créancier pouvait agir contre lui.

3° Le défendeur refuse de restituer la chose, ou bien c'est par son dol qu'il s'est mis dans l'impossibilité d'opérer cette restitution. Dans ce cas, le défendeur sera condamné à payer une somme dont la quotité variera suivant que ce défendeur sera le débiteur lui-même, ou bien un tiers détenteur. *Si res pignoratitia non restitatur, lis adversus possessorem erit æstimanda, sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem* (1).

*Première hypothèse.* — Si le défendeur est un tiers, il subira une condamnation égale à l'intérêt du demandeur, et dont le montant sera déterminé, non pas par le juge, mais par le serment du créancier lui-même : *quanti actor juraverit in litem*. Cette décision est juste, car l'intérêt du demandeur peut dépasser le *quantum* de la dette. Supposons en effet un créancier gagiste proprement dit; le refus du tiers détenteur le met dans l'impossibilité de restituer le gage au constituant, et l'expose dès lors à être condamné envers celui-ci à des dommages-intérêts égaux à la valeur de l'objet donné en gage.

Mais comme la sainteté du serment n'était pas toujours respectée, on permit au juge de fixer un maximum que le demandeur ne pouvait pas dépasser dans son estimation,

(1) Loi 21, § 3.

et même, quand cette précaution avait été omise, le juge pouvait réduire l'estimation évidemment exagérée faite par le demandeur (1).

*Seconde hypothèse.* — Le défendeur est le débiteur lui-même. Dans ce cas, l'estimation ne sera que de la valeur de la créance. Il eût été ridicule, en effet, de permettre au demandeur de réclamer plus que le montant de la dette, puisque par l'action *pignoratitia directa* le débiteur l'eût obligé à restitution de ce qu'il avait reçu en trop.

XII. — Marcien, loi 16, § 3 et 6, ne fait pas en droit la même distinction qu'Ulpien; il décide que même dans le cas où le défendeur est le débiteur, et les expressions : *nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, quum et in personam agendo idem consequeretur*, nous prouvent bien que telle est l'hypothèse du jurisconsulte, puisque le demandeur aurait pu intenter l'action personnelle contre le défendeur en question; Marcien décide, disons-nous, que même en ce cas la condamnation sera fixée par le serment du demandeur.

Les commentateurs ont voulu concilier les textes d'Ulpien et de Marcien. Dans ce but, ils ont dit que si dans la loi 16 le débiteur a été condamné au delà de la dette,

(1) Loi 5, *Prin.*, § 1 et 2, *De in litem jurando*, Dig., XII, 3.

ce n'est pas que l'opinion de Marcien fût que cela pouvait se faire en droit, mais c'est que Marcien suppose que cette condamnation supérieure au montant de la dette est arrivée par suite d'une erreur du juge.

Cette conciliation ne nous paraît pas pouvoir être admise, rien ne nous faisant pressentir dans le texte de Marcien une pareille supposition. Bien loin de là, les mots *nam si tanti* nous prouvent qu'une telle hypothèse n'est pas entrée dans les idées du jurisconsulte; puis Marcien nous montre lui-même, dans le § 6, les conséquences rigoureuses qu'il déduit de sa doctrine, en décidant que les principes qu'il a posés dans le § 3 exigent que le débiteur condamné au delà du montant de la dette ne puisse plus libérer le gage en délivrant au demandeur le *quantum* de sa créance, car la dette à acquitter actuellement est non plus la dette primitive, mais la nouvelle dette résultant de la condamnation.

Cependant Marcien lui-même est effrayé des conséquences de son système, et l'équité les lui fait laisser de côté : *humanius est non amplius eum, quam quod revera debet, dando hypothecam liberare.*

La conclusion de ce que nous venons de voir est donc, suivant nous, que Marcien, dont l'opinion en droit était différente de celle d'Ulpien, était cependant en fait de la même opinion que ce jurisconsulte, puisqu'il abandonnait

les règles de droit qu'il avait posées pour suivre les règles de l'équité.

XIII. — Le créancier dont le droit a été reconnu, mais qui a vu absoudre le défendeur parce qu'il avait cessé de posséder la chose, et cela sans son dol, pourra plus tard, si la chose vient à rentrer entre les mains de cet adversaire, agir de nouveau contre lui par l'action hypothécaire, afin d'en obtenir la restitution, sans avoir à craindre que celui-ci lui oppose l'exception *rei judicatæ*, car il lui répondrait avec succès : *si secundum me judicatum non est* (1).

XIV. — L'action hypothécaire n'a pas seulement pour but de faire obtenir au créancier la possession de l'objet engagé, il doit être mis dans la position où il se trouverait s'il eût obtenu gain de cause au moment même où il a engagé son action. Aussi, si la valeur de la chose n'égale pas celle de la créance, le défendeur peut être tenu à la restitution des fruits (2).

Mais dans quelle limite?

Si le possesseur est un possesseur de mauvaise foi, on lui appliquera les principes ordinaires, et il devra rendre tous les fruits qu'il devait percevoir tant avant qu'après la *litis contestatio*.

(1) Loi 16, § 5.

(2) Loi 16, § 4.

Si le défendeur est un possesseur de bonne foi, il devra rendre les fruits perçus depuis la *litis contestatio* (1).

Mais seulement ceux qu'il n'a pas consommés; au moins en était-il ainsi sous le droit des Pandectes.

XV. — L'action hypothécaire pouvait dans certains cas se trouver paralysée par certaines exceptions que nous allons examiner successivement et rapidement.

Dans le droit des Pandectes, le créancier pouvait poursuivre les détenteurs du gage, même avant d'avoir intenté l'action personnelle qu'il avait contre son débiteur (2).

Justinien, dans sa Nouvelle 4, chap. 2, modifia ce droit, et le créancier dut, à partir de cet instant, discuter préalablement les biens du principal débiteur de ses obligés et de ses cautions. Ce n'était qu'après cela qu'on lui accordait l'action hypothécaire contre les tiers détenteurs. Toutefois, si ceux qui étaient obligés personnellement étaient absents, le créancier pouvait poursuivre de suite le tiers détenteur. Celui-ci demandait alors un délai pour faire suivre le procès par ceux qui étaient obligés personnellement, et ce n'était qu'après ce délai expiré, et si les obligés personnels n'avaient pas comparu, que le

(1) *De rei vindicatæ*, loi 22 au Code.

(2) Loi 6 et 24 *De pign. act.*, Code, VIII, 11.

créancier hypothécaire pouvait agir efficacement contre le tiers détenteur par l'action quasi-servienne.

Les interprètes ont nommé ce privilège *beneficium excussionis personale*.

XVI. — Le tiers avait encore un autre bénéfice connu sous le nom de *beneficium excussionis reale*.

Quand le créancier a tout à la fois pour garantir la même dette et une hypothèque générale et une hypothèque spéciale, le possesseur des choses soumises à l'hypothèque générale, attaqué par l'action quasi-servienne, a le droit d'exiger que le créancier discute d'abord les biens qui lui sont spécialement hypothéqués (1).

Cette décision nous paraît fort raisonnable, et nous semble remplir les vues des parties. En effet, quand on hypothèque tous ses biens à quelqu'un en général, et sa maison en particulier, cela n'indique-t-il pas que l'intention évidente des parties est que le créancier commencera par discuter d'abord la maison? N'est-ce pas dire que l'on engage sa maison, et subsidiairement tous ses biens, si elle ne suffit pas pour payer le montant de la dette?

XVII. — Il ne nous reste plus pour terminer qu'à ajouter quelques mots sur la durée de l'action hypothé-

(1) Loi 1, *Pign.*, Cod.

caire, c'est-à-dire sur le laps de temps pendant lequel elle pouvait être valablement exercée.

Théodose-le-Grand avait décidé que cette action, comme toutes les autres, serait soumise à la prescription de trente ans, mais seulement vis-à-vis des tiers détenteurs (1). Toutefois, si le possesseur de l'objet était protégé par une prescription moins longue, *longi temporis*, il pouvait faire valoir cette prescription; mais si, par contre, il se trouvait dans un cas où il ne pouvait prescrire que par quarante ans, il ne lui était pas loisible d'invoquer la prescription de trente ans relativement à l'action hypothécaire.

Sous l'empire de cette Constitution, l'action hypothécaire était imprescriptible si le détenteur de l'objet était le débiteur personnel ou ses héritiers. Mais Justinien changea sur ce point la législation; il fut décidé que, même dans ce cas, l'action hypothécaire serait prescriptible, et l'on donna seulement à cette prescription la durée de quarante ans (2).

(1) Loi 3, *De prescrip. verb.*, XXX, ann.; Cod. VII, 39.

(2) Loi 7, § 1, *De prescrip.*, id.

## SECONDE PARTIE.

### **Du Droit de suite sous l'empire du Code Napoléon.**

---

#### CHAPITRE PREMIER.

##### GÉNÉRALITÉS.

I. — Nous croyons utile, avant d'aborder le sujet qui doit servir de matière à ce traité, de dire quelques mots sur les hypothèques en général. — Nous allons donc, *mais sans entrer dans aucune discussion*, car ce serait sortir des limites de cette thèse, énumérer rapidement les caractères que nous offre l'hypothèque, et les formalités nécessaires pour la constituer. Puis, nous parlerons brièvement aussi des différentes sortes d'hypothèques pouvant exister.

Ce simple aperçu nous évitera plus tard de longues explications, quand nous traiterons des droits du créan-

cier hypothécaire à l'égard du tiers détenteur, — ou, en d'autres termes, du droit de suite.

## SECTION I.

### Définition et nature de l'hypothèque.

Sommaire. — N<sup>o</sup> II. — *Définition de l'hypothèque d'après le Code et d'après Pothier.*

N<sup>o</sup> III. — *L'hypothèque est un droit réel, et partant un démembrement de la propriété; elle est indivisible, elle est accessoire.*

II. — Le Code Napoléon définit l'hypothèque (art. 2114) : un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Nous préférons à cette définition celle de Pothier, qui autrefois désignait l'hypothèque comme « un droit que le créancier a dans la chose d'autrui, de la faire vendre en justice, pour sur le prix être payé de ce qui lui est dû; » et si à cette définition de l'éminent jurisconsulte nous ajoutons les mots *par préférence*, nous arriverons ainsi, croyons-nous du moins, à définir l'hypothèque d'une manière aussi exacte et aussi complète que possible.

L'hypothèque est donc *un droit que le créancier a dans la chose d'autrui de la faire vendre en justice, pour sur*

*le prix être payé par préférence aux autres créanciers de ce qui lui est dû.*

Cette définition nous semble résumer l'idée que l'on doit se faire de l'hypothèque. Étant en effet donné pour but de cette institution de permettre au créancier de se rembourser d'une somme à lui due en faisant vendre l'immeuble hypothéqué, on trouve indiqués dans la définition que nous venons de donner, et la manière de procéder à la vente *en justice*, et les deux droits résultant de l'hypothèque, qui permettent au créancier de faire opérer cette vente et de le faire utilement, à savoir : 1° le droit *de suivre* les biens grevés en quelques mains qu'ils se trouvent; 2° le droit de se faire colloquer pour l'intégralité de sa créance dans le prix de l'immeuble vendu, de préférence aux créanciers chirographaires et aux autres créanciers hypothécaires postérieurement inscrits.

III. — Le premier caractère que nous présente l'hypothèque est d'être un droit *réel*. Ce caractère est de l'essence, de la nature même, de l'hypothèque, et nous est, du reste, indiqué par l'art. 2114. Aucune difficulté sur ce point ne peut donc exister. Mais l'hypothèque est-elle ou n'est-elle pas un démembrement de la propriété? C'est ce qui fait actuellement question pour la doctrine. Quant à nous, nous n'hésitons pas, avec M. Vallette (1), à nous

(1) M. Vall., tom. I, p. 178.

décider pour l'affirmative. En effet, la propriété étant la réunion de tous les droits réels existant sur une chose, dès que l'on en sépare, que l'on en distrait un de ces droits, on touche, on fracture nécessairement cette propriété. Qu'importe que le propriétaire garde entier le *jus utendi fruendi et abutendi*; du moment qu'il a transmis à autrui une partie du *jus persequendi*, il a forcément fracturé sa propriété; et en considérant l'art. 1188, nous ne croyons même pas que l'on puisse prétendre que le propriétaire de l'immeuble hypothéqué garde dans son intégralité le *jus abutendi*.

L'art. 2114 nous dit, en outre, que l'hypothèque est *indivisible*; c'est le second caractère qu'elle nous présente; et il en est ainsi lors même que la dette garantie serait divisible.

« L'hypothèque est indivisible, c'est-à-dire que l'im-  
« meuble en totalité ou tous les immeubles hypothéqués  
« sont affectés au paiement de la dette entière et de cha-  
« cune des fractions de la dette; et que chaque portion  
« des biens hypothéqués est affectée au paiement de la  
« dette entière et de chacune de ses parties. » (1)

C'est ce qu'exprimaient nos anciens auteurs en disant :  
*est tota in toto et tota in qualibet parte.*

Mais nous ferons observer que cette indivisibilité tient

(1) Mourlon, 3<sup>e</sup> examen, p. 535.

à la *nature* et non à l'*essence* de l'hypothèque, et que partant il est loisible aux parties de stipuler que cette indivisibilité n'aura pas lieu.

L'hypothèque est, suivant le point de vue auquel on se place, un droit *immobilier* si on la considère passivement; car elle a pour objet direct un immeuble, ou bien un droit dépendant de l'objet qu'elle garantit si on la considère au point de vue actif.

Enfin, elle est essentiellement un droit *accessoire*, car elle sert uniquement à garantir un autre droit; et si l'obligation qu'elle garantit se trouve nulle ou vient à s'éteindre, l'hypothèque se trouve immédiatement nulle de plein droit ou s'éteint également.

## SECTION II.

### Des différentes sortes d'hypothèques.

Sommaire. — N° IV. — *De l'hypothèque légale.*

N° V. — *De l'hypothèque judiciaire.*

N° VI. — *De l'hypothèque conventionnelle.*

IV. — Les hypothèques sont, selon leur origine, ou légales, ou judiciaires, ou conventionnelles, suivant qu'elles sont constituées en vertu de la loi, d'un jugement ou d'une convention. (Art. 2117.)

La loi établit de plein droit une hypothèque en faveur :

1° Des femmes mariées sur les biens de leurs maris.

(Art. 2121.)

2° Des mineurs et des interdits sur les biens de leurs tuteurs. (*Id.*)

3° De l'État, des communes, des établissements publics sur les biens des receveurs et des administrateurs comptables. (*Id.*)

4° Des légataires sur les immeubles dépendant de la succession. (Art. 1017.)

5° Des privilèges dégénérés en hypothèques, lorsqu'ils n'ont pas été inscrits dans les délais prescrits par la loi. (Art. 2113.)

Ces hypothèques sont en partie *dispensées de l'inscription*. Nous reviendrons sur ce point ultérieurement.

Elles sont, en principe, *générales*, et frappent à ce titre les immeubles présents et à venir du débiteur. (Art. 2122.)

Il faut pourtant excepter de cette généralité les hypothèques du légataire et du privilégié n'ayant pas fait inscrire leur hypothèque, lesquels n'ont qu'une hypothèque spéciale.

V. — « L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte  
« des jugements, soit contradictoires, soit par défaut, dé-  
« finitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a  
« obtenus; elle résulte aussi des reconnaissances ou vé-

« rifications faites en jugement, des signatures apposées  
« à un acte obligatoire sous seing privé. » (Art. 2123.)

En d'autres termes, c'est celle qui résulte soit des jugements (décision d'un tribunal sur un différend qui lui est soumis), soit des actes judiciaires (constatation d'un fait par un tribunal, par exemple la reconnaissance d'une signature faite devant ce tribunal par un débiteur).

Mais tout jugement n'entraîne pas nécessairement hypothèque, il faut qu'il y ait *condamnation* envers l'une des parties à satisfaire à une obligation quelconque; sans cela, l'hypothèque n'aurait pas de raison d'être. C'est là le fait principal dont l'hypothèque est l'accessoire.

Si le jugement est susceptible d'appel, l'inscription hypothécaire peut être prise néanmoins, et ce n'est alors qu'une simple mesure conservatoire.

Nous ferons en outre observer que les hypothèques judiciaires comme les hypothèques légales sont générales, c'est-à-dire qu'elles portent sur tous les biens présents et à venir des débiteurs (art. 2123); mais elles ne sont pas dispensées de l'inscription, et il faudra que cette inscription se renouvelle à mesure que de nouveaux biens entreront dans le patrimoine du débiteur.

VI. — L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes ou contrats. (Art. 2117).

Pour consentir à cette *convention* d'hypothèque, il faut, non pas seulement avoir la capacité suffisante pour s'obliger, mais la capacité voulue pour aliéner, car, ainsi que nous l'avons dit plus haut, l'hypothèque constitue un véritable démembrement de la propriété.

Il suit de là que le mineur, l'interdit, l'émancipé, ne peuvent hypothéquer leurs biens qu'en accomplissant les formalités qui leur sont prescrites par la loi pour les aliénations d'immeubles.

Toutefois, l'hypothèque consentie *par eux* et ratifiée *par eux*, lorsque vient à finir leur minorité ou leur interdiction, est valable par le fait de cette ratification.

Mais, en tout état de cause, leurs biens peuvent se trouver grevés d'hypothèques légales ou judiciaires.

### SECTION III.

#### **Des formalités nécessaires pour constituer hypothèque.**

Sommaire. — N<sup>o</sup> VII. — *L'hypothèque se constitue par acte authentique. — Il n'est pas nécessaire que le tiers mandataire ait une procuration authentique. — Que doit contenir l'acte constitutif.*

N<sup>o</sup> VIII. — *On ne peut hypothéquer que les immeubles, et seulement ceux susceptibles d'être vendus aux enchères publiques.*

VII. — La première formalité requise pour constituer

hypothèque consiste dans un acte *authentique*, constatant la convention d'hypothèque entre les parties, acte passé devant deux notaires, ou devant deux notaires et deux témoins. (Art. 2127.)

« Pourtant, la pratique admet que l'hypothèque peut  
« être consentie par acte sous seing privé, pourvu que  
« cet acte soit ensuite déposé chez un notaire par les deux  
« parties, et que la constitution d'hypothèque soit renou-  
« velée dans l'acte même de dépôt. Si la créance est con-  
« statée par un acte notarié, le même acte peut contenir  
« la constitution d'hypothèque; mais si l'acte qui constate  
« la créance est sous seing privé, l'hypothèque doit être  
« constituée par un acte séparé (1).

On s'est demandé si pour consentir une hypothèque par mandataire il fallait que celui-ci eût une procuration authentique, ou s'il était suffisant que la procuration fût sous seing privé. Je ne vois pas pourquoi une procuration sous seing privé ne suffirait pas, car la loi ne prescrit nulle part cette nécessité du mandat authentique, et ce qui est *formalité* étant de *droit strict*, il faut s'en tenir au texte de la loi.

L'acte authentique dont nous venons de parler comme étant nécessaire, doit contenir :

(1) Mourlon, V. 3, p. 553.

1° La nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels le débiteur consent hypothèque. (Art. 2129.)

En d'autres termes, il faut que les biens soient désignés *spécialement*, avec indication de leur *nature* et désignation de leur situation.

Il suit de là que l'hypothèque ne peut être simultanément générale et conventionnelle, et que l'hypothèque conventionnelle relative aux biens à venir est interdite. (Art. 2129 *in fine*.)

« Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur  
« sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut,  
« en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun  
« des biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté  
« à mesure des acquisitions. » (Art. 2130.)

2° Le montant de la valeur de la dette dont l'immeuble hypothéqué garantit le paiement.

VIII. — Les seuls biens susceptibles d'hypothèque sont, ainsi qu'il résulte de l'art. 2118, les biens immeubles. Mais tous les immeubles peuvent-ils être hypothéqués? — Mettant d'abord de côté les immeubles hors du commerce, dont il ne peut pas être question, et que d'ailleurs l'art. 2118 déclare non susceptibles d'hypothèque, — nous répondrons que les seuls immeubles pouvant être hypothéqués sont ceux qui peuvent être vendus aux enchères publiques.

Rappelons-nous la définition que nous avons donnée de l'hypothèque, un droit qu'a le créancier dans la chose d'autrui de la faire vendre en justice; or, quelle est la forme de procéder lors de ces ventes en justice? Les enchères publiques. Si donc l'hypothèque repose sur des choses ne pouvant être vendues aux enchères publiques, quelle pourra être son utilité pour le créancier qui se trouvera avoir dans la main une arme dont il lui sera défendu de se servir? — Son hypothèque serait donc nulle et dérisoire en fait, et on doit dire qu'elle le serait en droit, car le législateur ne peut pas avoir établi un droit sans lui donner la possibilité de se manifester. — Et quand même, en comparant les art. 2118 et 2224, on voit que les immeubles susceptibles d'hypothèque et de vente aux enchères, énumérés dans les deux articles, sont identiquement les mêmes.

Ainsi donc peuvent être hypothéqués :

- 1° Les immeubles par nature;
- 2° Les immeubles par destination;
- 3° L'usufruit d'un bien immobilier;
- 4° Les mines (1);

(1) Voir la loi du 21 avril 1810.

5° Les actions immobilières de la Banque de France.  
(Décret du 16 janvier 1808.)

Par contre, ne peuvent être hypothéqués :

1° Les servitudes;

2° L'usage;

3° L'habitation;

4° Les actions immobilières autres que celles de la  
Banque de France, etc.

## CHAPITRE II.

### DE L'INSCRIPTION HYPOTHÉCAIRE

#### SECTION I.

##### Historique de l'inscription hypothécaire.

Sommaire. — N<sup>o</sup> IX. — *De la publicité des hypothèques chez les Romains. — Du vest et du devest, saisine et dessaisine au moyen âge, — sous la législation des Coutumes de Flandre, — Vermandois, etc. — De l'obligation de faire enregistrer sa saisine. — Publicité des hypothèques, dans les pays de coutume, — dans les pays de droit écrit.*

N<sup>o</sup> X. — *De la publicité au temps de Loisel, Pothier, Dumoulin, etc. — Tentative faite par Colbert. — Édit de 1673, — édit de 1674, — édit de 1771. — Lettres de ratification.*

N<sup>o</sup> XI. — *De la publicité à partir de la révolution française. — Loi du 19 septembre 1790. — loi de messidor an III, — loi hypothécaire de l'an VII.*

N<sup>o</sup> XII. — *De la publicité sous le Code Napoléon.*

IX. — Nous avons dit précédemment (n<sup>o</sup> 2) que l'hypo-

thèque était un droit réel sur la chose d'autrui, qui permettait au créancier de faire vendre cette chose pour, sur le prix, être payé de sa créance.

Tant que l'immeuble grevé d'hypothèque est entre les mains des débiteurs, rien de plus naturel que ce droit de vente accordé au créancier. — Tous les biens du débiteur sont, naturellement, la garantie des dettes par lui contractées. — Mais quand l'immeuble grevé est sorti de son patrimoine, qu'il est devenu la propriété d'un tiers, on se demande, au premier abord, comment le créancier pourra exercer son action contre ce tiers qui ne lui est lié par aucun lien de droit. — Rien de plus simple, cependant; le propre des droits réels est de suivre la chose sur laquelle ils existent, en quelques mains qu'elle passe. Or, nous avons vu que l'hypothèque est un droit réel. Le créancier hypothécaire peut donc toujours exercer le droit réel qu'il a, en vertu de son hypothèque, de faire vendre l'immeuble grevé, quel que soit le propriétaire de l'immeuble; — c'est ce qui constitue le droit de suite, qui est par conséquent le droit qu'a le créancier hypothécaire de *suivre* l'immeuble grevé en quelque main qu'il vienne à passer, pour le faire vendre.

Mais pour que le créancier hypothécaire puisse exercer ce droit, il faut qu'il ait fait inscrire son hypothèque sur les registres du conservateur. Nous devons donc, avant de

parler de l'exercice du droit de suite, nous occuper de l'inscription hypothécaire.

Jadis, comme nous l'avons vu déjà précédemment, sous l'empire de la législation romaine, le créancier hypothécaire exerçait son droit envers et contre tous par le seul fait d'une constitution légale et régulière d'hypothèque, sans qu'aucun signe extérieur, aucune formalité vint sauvegarder les droits des tiers. Le système d'hypothèques occultes, alors en vigueur, ne leur donnait pas même un moyen quelconque de prévoir la perte soit partielle, soit totale, des immeubles relativement auxquels ils traitaient; aussi, à raison du défaut de publicité, les Romains étaient-ils arrivés, selon nous, au plus déplorable système d'hypothèques qu'il soit possible d'imaginer, et n'avaient-ils, pour ainsi dire, trouvé qu'un excellent moyen de faire des dupes (1), et cela sans même donner au propriétaire une véritable source de crédit, car les prêteurs et les acquéreurs, en l'absence de toute sécurité, ne pouvaient trop réfléchir avant d'engager leurs capitaux.

Aujourd'hui, sous l'empire de la législation actuelle et sous l'influence de la loi d'équité qui veut que personne ne puisse être lésé sans qu'il ait été à même de se mettre

(1) Boujean, *Traité des Actions*.

en garde contre la lésion, la première des conditions nécessaires pour qu'une hypothèque puisse être opposable aux tiers, et partant leur causer préjudice, c'est qu'elle ait été inscrite sur le registre du conservateur des hypothèques de l'arrondissement dans lequel sont situés les immeubles grevés.

Mais comment, du régime hypothécaire, complément occulte des Romains, sommes-nous arrivés à cette publicité augmentée tout récemment par la loi du 23 mars 1855, et peut-être pourtant encore trop restreinte? C'est ce qu'il serait curieux et intéressant de rechercher. Ce serait une piquante étude que de suivre pas à pas, dans le chemin qu'elle a parcouru, la pensée du législateur; que de rechercher une à une les modifications qu'elle a dû subir pour arriver à une théorie si éloignée du point de départ. Mais peut-être serait-ce entrer dans des développements plus étendus que ne le comporte le cadre restreint de ce travail; et cependant, nous ne pouvons nous dispenser de donner ici sur ce point un rapide aperçu historique.

Après l'invasion barbare, lorsque le régime féodal fut venu, supplantant la domination romaine dans notre pays, changer de fond en comble le pouvoir et l'administration politique, le système de la propriété dut nécessairement se trouver modifié du tout au tout, et on arriva à re-

poser en entier sur ce principe (principe constitutif de la féodalité même), que les seigneurs étaient *propriétaires* de toutes les terres situées dans l'étendue de leur suzeraineté : *nulle terre sans seigneur*, tel était l'adage.

« Ces terres, dont les seigneurs étaient propriétaires,  
« ne tardèrent pas à être par eux inféodées ou accensées  
« en partie à leurs vassaux; mais le domaine direct de  
« ces fonds, demeurant toujours dans leurs mains, il ne  
« put être au pouvoir des créanciers de transférer la  
« propriété à des tiers. » (1)

Il fallait donc, lors d'une vente, que le propriétaire ou plutôt le précédent détenteur d'un immeuble se dessaisit de l'immeuble et le remit au suzerain ou à son officier, lequel en donnait ensuite l'investiture au nouvel acquéreur et le mettait en possession. C'est ce que, suivant les lieux, on appelait *vest* et *devest*, *saisine* et *dessaisine*, *déshéritance* et *adhéritance*, etc.

Ces formalités étaient constatées sur un registre public, et quand *des tiers en avaient besoin*, ils pouvaient en prendre communication. C'est ce que nous voyons dans Dumoulin (2) : « *Et solebant, nous dit-il, et solebant*  
« *hujus modi investituræ publicæ fieri, vel apud acta in*

(1) Merlin, *Nantissement*, t. VIII, p. 421.

(2) Dumoulin, *Sur Paris*, tit. I, § 1, *Glos.*, 1, n<sup>o</sup> 30.

« *prætorio iudicis, si dominus habebat iudictionem conten-*  
« *tiosam, vel in loco dominanti ubi presentibus ministris*  
« *et testibus in libro vel cartophylacio ad hoc destinato*  
« *conscribebantur investituræ et sic inerat quedam solem-*  
« *nis publicatio.* »

Mais à mesure que s'affaiblit la féodalité, chacun s'efforça de briser les entraves apportées au droit de propriété, et la plupart des provinces de France retournèrent à la législation de Justinien. Le Nord de la France seul, où les coutumes germaniques s'étaient plus profondément enracinées, resta, quant aux formes, au moins en partie fidèle à l'ancienne jurisprudence féodale; et dans ces pays, dits pays de nantissement, pour toute mutation de propriété, il fallut non pas seulement, comme en droit romain, une simple tradition qui pouvait être et était devenue le plus souvent pour le reste de la France purement fictive, mais une tradition solennelle, portant desaisissement de la propriété et ensaisissement sur la tête du nouveau propriétaire : « Je vous saisis et mets en saisine de tel héritage. » Jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, rien n'était fait, et la mutation de propriété n'avait pas lieu, car c'était, je le répète, une condition essentielle pour la validité de toute transmission d'immeubles.

Bientôt, comme nous l'avons vu tout à l'heure dans le

passage de Dumoulin cité plus haut, à cette formalité de saisine et de dessaisine solennelle vint s'ajouter l'usage de mentionner par écrit le fait de l'accomplissement de ces formalités, et les registres sur lesquels avait lieu cette énonciation furent laissés à la disposition du public, qui put les consulter quand il voulut; si bien que, conservées uniquement pour augmenter les garanties de la propriété, ces formalités ne tardèrent pas à être pour les tiers d'une utilité extrême, en leur permettant de s'assurer du plus ou moins de confiance qu'ils pouvaient avoir dans les droits des propriétaires avec lesquels ils traitaient, et en les garantissant de toute crainte d'éviction de la part d'un précédent acquéreur qui n'aurait pas, comme eux, obtenu une saisine solennelle.

Mais cette saisine publique et solennelle, suivie d'une mention écrite, cette saisine nécessaire pour la transmission de l'ensemble des droits de propriété, dut forcément le devenir aussi, quand bien même il ne s'agissait plus que de fracturer au profit de quelqu'un ces droits de propriété, et partant dut forcément se trouver nécessaire pour la validité de tout contrat d'hypothèque. De même que pour l'aliénation d'un immeuble il fallait se soumettre aux cérémonies du vest et du devest, de même il fallut s'y soumettre pour conférer un droit d'hypothèque sur cet immeuble; et dans un cas comme dans l'autre, mention

dut en être faite sur un registre public, et ce registre dut être mis à la portée des tiers, et comme les acquéreurs, les prêteurs hypothécaires purent alors, en toute sécurité, se dessaisir de leurs capitaux.

« L'hypothèque, nous dit la Coutume de Vermandois,  
« ne se constitue pas par le seul fait du consentement,  
« mais est requis nantissement du jour qu'elle doit avoir  
« lieu et non plus tôt. » (1)

« Et sont tenus, ajoute-t-elle plus bas, lesdits justi-  
« ciers fonciers, par devant lesquels se font lesdits vests,  
« devests et nantissement, faire faire par leurs greffiers  
« registres à part d'iceux vests et devests et nantisse-  
« ment. » (2)

« Ce nantissement, ajoute la Glose, a été introduit  
« principalement pour la liberté et assurance du com-  
« merce, et pour mieux découvrir les fallaces et trom-  
« peries des débiteurs frauduleux qui ne se peuvent si  
« aisément reconnaître par les hypothèques nuement con-  
« stituées par les contrats du seul consentement des par-  
« ties, et afin aussi que chacun puisse plus librement et  
« avec plus de sûreté acheter les héritages de ceux qui  
« ont besoin de les vendre. D'ailleurs qu'au moyen d'iceux,

(1) Coutume du Vermandois, art. 119.

(2) *Id.*, art. 120.

« on peut éviter une infinité de procès, lesquels, ordinairement, arrivent aux créanciers sur le débat des hypothèques, priorité et postériorité d'icelles. » (1)

L'inscription contenant les mentions des vests, des vests, etc., devait être faite sur registres portant le nombre et paraphe, et sans pouvoir y rien laisser en arrière, en blanc, pour y insérer quelque nouveau nantissement.

Ainsi donc, pour l'hypothèque comme pour toute mutation de propriété immobilière, il fallait une saisine solennelle *et un enregistrement sur un registre ad hoc*, et c'était seulement du jour de l'enregistrement que courait l'hypothèque (2). Voilà, ce nous semble, la source évidente de ce principe de transcription qui domine aujourd'hui la matière hypothécaire au point de vue du droit de suite.

Mais pendant que les pays de nantissement et quelques autres provinces (3) exigeaient des modes solennels pour la transmission totale ou partielle des droits de propriété, et offraient ainsi (quoique primitivement ce n'eût pas été

(1) Coutume du Vermandois, art. 120, Glos.

(2) Coutumes de Lille, Flandre, Amiens, etc., etc.

(3) La Bretagne et la Normandie, entre autres, avec les formalités que les Coutumes de ces deux pays appelaient : appropriation pour la Bretagne, et retrait lignager pour la Normandie.

le but principal) des garanties aux tiers, le reste de la France étant, comme nous l'avons dit, revenu à la législation de Justinien, avait en partie calqué sur elle les modalités des contrats translatifs de propriété, et la simple tradition accompagnant le consentement suffisait pour faire passer, *erga omnes*, la propriété de la tête du vendeur sur celle de l'acquéreur.

Cette tradition pouvait être fictive, et bientôt même la clause de *constitut possessoire* devint pour ainsi dire de style dans tous les actes notariés, si bien que les intérêts des tiers se trouvèrent complètement laissés de côté. Personne ne s'inquiéta de leur fournir les moyens de se renseigner sur la plus ou moins grande solvabilité des individus avec lesquels ils traitaient, ni même sur la réalité de leurs droits.

X. — Plusieurs auteurs et juristes (1) essayèrent bien, il est vrai, de faire au moins modifier cet état de choses, mais à cette époque on était loin d'envisager la nécessité du crédit au même point de vue que nous le faisons de nos jours. Et l'opinion générale maintint la validité de la tradition faite *solo consensu*, et le système des mutations secrètes et occultes de propriété (2).

(1) Ricard, *Traité des don.*, part. I, n° 901; Dumoulin, *Sur Paris*, t. 1, § 20; *Glos.*, 5, n° 16.

(2) Loysel, liv. V, tit. 4, régl. 7; Pothier, *De la Vente*, n° 322.

En 1673, Colbert (1), dont le génie embrassait tout, manifesta dans l'édit de cette année la pensée de perfectionner, par une disposition universelle, ce que quelques Coutumes avaient essayé de faire par voie de saisine et dessaisine (2). En conséquence, il établit dans chaque baillage et sénéchaussée un greffe spécial, dans lequel tous ceux qui prétendaient hypothèque ou privilège pouvaient *faire enregistrer leur opposition* (c'était le terme par lequel était désignée l'inscription hypothécaire) pour la sûreté et la conservation de leurs droits; les créanciers dont les oppositions avaient ainsi été enregistrées étaient préférés, sur les immeubles auxquels s'appliquaient ces oppositions, aux créanciers, même antérieurs, qui n'avaient pas rempli cette formalité. (Art. 21.)

Lorsque l'enregistrement avait eu lieu dans les quatre mois qui suivaient la constitution de l'hypothèque, cette hypothèque prenait date du jour même du contrat constitutif; mais si ce n'était qu'après un délai de quatre mois que l'enregistrement avait eu lieu, ce n'était qu'à partir du jour de cet enregistrement que l'hypothèque prenait rang. (Art. 23 et 25.)

Étaient dispensées de l'enregistrement les hypothèques du roi sur ses fermiers généraux.

(1) Sully avait déjà eu la même idée; voir ses Mémoires, liv. 26.

(2) Préambule de l'édit.

L'hypothèque légale accordée au mineur, et celle de la femme mariée, étaient également dispensées de cette formalité de l'enregistrement. Toutefois, le mineur était tenu de faire enregistrer son opposition dans l'année qui suivait sa majorité, la femme séparée de biens, dans les quatre mois de l'acte ou jugement de séparation, et la veuve dans l'année du décès du mari; faute de quoi l'hypothèque n'avait d'effet que du jour de l'enregistrement.

Comme on le voit, nous dit M. Dalloz (1), cet édit posait les bases du système qui nous régit actuellement; il réalisait non-seulement la publicité, mais aussi la spécialité de l'hypothèque, puisque l'opposition devait désigner l'immeuble auquel elle s'appliquait. Il semblait que ces innovations répondissent à un besoin général, qu'elles donnassent à tous les intérêts une satisfaction équitable, et que par conséquent elles dussent être accueillies avec faveur par l'opinion. Il n'en fut rien cependant. On s'alarma de l'inquisition qu'allait amener le nouveau système; on prétendit que rien n'était non-seulement plus injuste, mais plus contraire au crédit, que de lever le voile qui couvre les fortunes particulières. Aussi le gouvernement crut-il devoir, par un édit d'avril 1674, modifier celui de mars 1673.

Quoique nos sujets, est-il dit dans le préambule, pussent

(1) Dalloz, *Priv. et Hyp.*, p. 12.

recevoir de très-considérables avantages de son exécution, néanmoins, comme il arrive que les règlements les plus utiles ont leurs difficultés dans leurs premiers établissements, et qu'il s'en rencontre contre celui-ci qui ne peuvent être surmontés dans un temps où nous sommes obligés de donner notre application principale aux affaires de la guerre, nous avons résolu de le révoquer, etc. Colbert, dans son *Testament Politique* (chap. 12), attribue aux intrigues des Parlements l'opposition que rencontra l'ordonnance de 1673, opposition devant laquelle le gouvernement dut fléchir. Le Parlement, dit-il, n'eut garde de souffrir un si bel établissement, qui eût coupé la tête à l'hydre des procès, dont il tire sa substance. Il faut reconnaître cependant que, parmi les adversaires de la publicité en matière d'hypothèque, il en est dont la sincérité et la bonne foi ne sauraient être contestées; on peut citer notamment d'Aguesseau, dont l'esprit sage, mais timide, s'effrayait à l'idée du trouble qu'une telle innovation allait porter au sein des familles.

En 1771, on essaya un autre moyen de réforme pour protéger et sauvegarder les intérêts des tiers : on s'avisa d'un moyen assez simple, qui leur permettait, quand ils venaient d'acquérir un immeuble, de purger les hypothèques existant sur cet immeuble. Ce moyen consistait dans les lettres de ratification. Voici, en deux mots, quel

était ce système : l'acquéreur qui désirait purger portait au baillage de la situation de l'immeuble extrait ou expédition de l'acte de vente. Cette expédition était affichée par le greffier; et pendant les deux mois que durait cette exposition du contrat de vente, les créanciers hypothécaires devaient former leur opposition. Ce nouvel édit resta malheureusement encore au-dessous des besoins des intérêts des tiers, et ils continuèrent à demeurer dans la position précaire où ils étaient.

XI. — Tel se trouvait l'état de la législation lorsque vint à éclater la révolution française. Et tout d'abord, une des premières choses que supprima l'Assemblée Constituante fut tous les restes d'institutions féodales qui avaient survécu à la féodalité, et à ce titre durent disparaître le vest et le devest, la saisine et la dessaisine, dont nous avons indiqué l'origine. Mais, tout en renversant ces modalités confiées aux justices seigneuriales, elle ne put s'empêcher d'y reconnaître un grand fond d'utilité; aussi, comprenant d'ailleurs que les populations du Nord de la France ne pouvaient en un instant quitter des coutumes enracinées dans leurs mœurs, conserva-t-elle la chose en changeant seulement la forme.

Ce fut alors que prit pour la première fois naissance l'inscription hypothécaire (loi du 19 septembre 1790); à partir du « jour, dit l'art. 3 de la loi, à partir du jour où

« les tribunaux de district seront installés dans les pays  
« de nantissement, les formalités de saisine, dessaisine,  
« deshérédence, etc., seront et demeureront abolies, et  
« jusqu'à ce qu'il en ait été autrement, la *transcription*  
« des grosses des contrats d'aliénation, des *constitutions*  
« *d'hypothèques*, en tiendra lieu, et suffira pour consom-  
« mer lesdites aliénations et constitutions d'hypothèques.  
« Ces transcriptions seront faites par les greffiers sur les  
« registres des tribunaux du district de la situation des  
« biens, selon l'ordre dans lequel les grosses des contrats  
« leur auront été présentées, et qui sera constaté par un  
« registre particulier, et les greffiers seront tenus de com-  
« muniquer ce registre sans frais aux requérants. » (Art. 4.)

On ne tarda pas à apprécier l'utilité pratique de ce système de transcription, et une réaction se fit contre le mode de mutations occultes de propriété en vigueur jusqu'alors. Mais, comme dans toutes les réactions, on alla trop loin, et l'on dépassa le but. Aussi la loi de messidor an III, expression de ces nouvelles idées, ne tarda-t-elle pas à être remplacée par la loi infiniment plus sage et plus modérée de l'an VII, que l'on peut, avec juste raison, regarder comme la loi mère du régime de transcription actuellement en vigueur (1).

(1) Comme preuve de l'exagération de la loi du 9 messidor an III, nous citerons le chap. 2, art. 36 et suivants, qui mobilisaient pour

Tous les actes *translatifs de propriété*, et tous droits *susceptibles d'hypothèque*, dit l'art. 26, *doivent être transcrits* sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés; jusque-là, ils ne peuvent *être opposés aux tiers* qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente loi.

Et l'art. 28 ajoute : la transcription prescrite par l'art 26 transmet à l'acquéreur les droits que le vendeur avait à la propriété, mais avec les dettes, charges et hypothèques dont cet immeuble est grevé.

Nous citons textuellement ces articles, parce que nous le redisons de nouveau, rien pour ainsi dire n'a été changé depuis au principe émis dans la loi de l'an VII, et qu'à partir de cette loi la transcription différa dans son essence même de l'ancienne modalité en usage dans les pays de nantissement. En effet, d'après les Coutumes de ces pays et sous l'empire de la loi du 19 septembre 1790, la saisine ou la transcription sur les registres du tribunal étaient une formalité *essentielle* de la validité du contrat de vente ou de la constitution d'hypothèque. Sous l'empire de la loi de l'an VII, au contraire, la mutation des

ainsi dire la propriété au moyen de cédules hypothécaires transmissibles par la voie de l'endossement à ordre, et l'obligation imposée aux citoyens d'opérer toute aliénation d'immeubles par actes publics.

propriétés ou l'hypothèque existèrent, indépendamment de toute espèce de transcription; ces contrats furent parfaits par le seul fait du consentement, mais seulement une aliénation ou une hypothèque non transcrites ne purent plus préjudicier aux tiers qui, après avoir traité au sujet du même immeuble, avaient eu soin de se conformer aux dispositions de la loi.

Ainsi, Pierre vend à Paul une maison; celui-ci néglige de faire transcrire l'acte de vente, et quelque temps après Pierre revend la même maison à Jacques, lequel a soin de réclamer immédiatement la transcription. Le premier contrat passé entre Pierre et Paul sera parfaitement valable, nonobstant l'omission de la transcription (ce qui n'aurait pas eu lieu autrefois dans les pays de nantissement); mais Jacques, le second acquéreur, ayant eu soin de faire transcrire, et se trouvant tiers par rapport à Paul, celui-ci ne peut plus venir revendiquer contre lui sa propriété, et n'a, au lieu d'une action *in re* dirigée contre l'immeuble, qu'une action *in persona* contre Pierre son vendeur.

XII. — Tel était l'état de la législation quand parut le Code Napoléon. La section de législation présenta au titre des Hypothèques, dans son projet, deux articles reproduisant l'esprit de la loi dont nous venons de nous occuper. Après de longues discussions, un retour vers d'anciennes

idées fit écarter la transcription, au moins pour ce qui regardait les mutations de propriétés. Elle resta donc nécessaire seulement pour les hypothèques, et les ventes furent parfaites, même à l'égard des tiers, par le seul fait du consentement. Cet état de choses, malgré les nombreuses réclamations qu'il excita, malgré l'opinion contraire de presque toute la magistrature, malgré plusieurs essais et tentatives de modifications, resta en vigueur jusqu'au mois de mars 1855, où une loi est venue nous reporter, en partie du moins, à la législation de l'an VII, en rétablissant la transcription comme nécessaire vis-à-vis des tiers, pour les contrats emportant mutation de propriété immobilière et de droits immobiliers, même autres que les hypothèques.

Ce n'est pas ici le lieu de discuter cette loi complètement et dans son entier : disons seulement que parmi les jurisconsultes, les uns ont trouvé qu'elle était restée en deçà de leurs désirs, et n'avait pas encore assez étendu la publicité des changements survenant dans la propriété; les autres l'ont approuvée simplement et sans restriction; pour nous, laissant de côté la majeure partie de la loi, nous nous occuperons uniquement, en temps et lieu, de celle qui est relative exclusivement à l'inscription hypothécaire.

## SECTION II.

### En quoi consiste l'inscription hypothécaire.

Sommaire. — N<sup>o</sup> XIII. — *En quoi consiste l'inscription hypothécaire? — Il faut une inscription dans tous les bureaux dans l'arrondissement desquels sont situés les biens, art. 2148. — Le tiers qui requiert l'inscription n'a pas besoin de procuration expresse. — Un incapable peut-il requérir une inscription? — L'inscription prise en vertu d'un acte sous seing privé est-elle valable?*

N<sup>o</sup> XIV. — *Toutes les conditions prescrites par l'art. 2148 sont-elles nécessaires à peine de nullité? — Que conclure du silence du Code? — Distinction entre les conditions substantielles et les conditions accidentelles. — Les premières seules sont nécessaires à peine de nullité. — Quelles sont les conditions substantielles? quelles sont les conditions accidentelles?*

N<sup>o</sup> XV. — *Que faut-il pour que les énonciations substantielles soient complètes? — Même distinction que précédemment. — Faut-il combiner l'art. 2148 § 5 avec l'art. 2129? — Peut-on prendre une inscription sur une succession contre le défunt?*

XIII. — *Tel est l'historique des changements survenus dans notre législation sur ce point de droit, changements qui nous ont amenés du système des hypothèques occultes des Romains au régime protecteur pour les tiers*

de l'inscription hypothécaire, et à la loi du 23 mars 1855.

Maintenant :

1° En quoi consiste cette inscription, et quels sont les éléments nécessaires pour qu'elle soit valable?

2° A quelle époque doit-elle être faite?

3° Et quelles hypothèques y sont ou n'y sont pas soumises? C'est ce que nous allons examiner.

Les inscriptions, nous dit l'art. 2146, se font au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel se trouvent les biens soumis au privilège ou à l'hypothèque. (Art. 2146.)

Si donc un immeuble venait à se trouver situé partie dans un arrondissement, partie dans un ou plusieurs autres, il faudrait alors autant d'inscriptions différentes qu'il y a d'arrondissements différents; car l'hypothèque prise à un bureau n'affecterait que la partie de l'immeuble comprise dans le ressort de ce bureau, et ne serait nullement applicable à la portion sise en l'arrondissement voisin, si minime que fût cette partie, et quoiqu'elle fût une dépendance évidente, une partie même intégrante du fond situé dans l'arrondissement du bureau où l'inscription aurait été prise. Car l'art. 2146 est pour nous aussi formel que possible sur ce point (1). Pour opérer cette inscription,

(1) Dalloz, *Priv. et Hyp.*, n° 1447; Troplong, n° 671 bis.

le créancier représente, soit par lui-même, soit par un tiers, au conservateur des hypothèques, soit l'original en brevet, soit une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque; il y joint deux bordereaux écrits sur papier timbré, dont l'un peut être porté sur l'expédition du titre. Ils contiennent :

1° Les nom, prénoms, domicile du créancier, sa profession s'il en a une, et l'élection de domicile faite par lui dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau;

2° Les nom, prénoms, domicile du débiteur, 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 grevé d'hypothèque;

3° La date et la nature du titre;

4° Le montant du capital des créances exprimées dans ce titre, ou évaluées par l'inscrivant pour les rentes et prestations ou pour les droits éventuels, conditionnels ou indéterminés dans les cas où cette évaluation est ordonnée; comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux et l'époque de l'exigibilité;

5° L'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels il entend conserver son privilège. (Art. 2148.)

On s'est demandé, en présence de la première partie de notre article, si, lorsque l'inscription était réclamée

par un tiers, ainsi que la chose se peut faire, il était nécessaire que ce tiers fût nanti d'une procuration expresse. En présence du silence complet du Code, nous pensons que l'on ne peut pas en exiger, et que le fait de requérir une inscription hypothécaire peut toujours être considéré comme l'accomplissement d'un mandat tacite, justifié d'ailleurs d'une manière suffisante par la présentation que doit faire ce tiers du titre de la créance (1). A plus forte raison est-il permis à un créancier de prendre ou de faire prendre inscription pour le compte d'un débiteur.

Cette inscription ne nécessite non plus en aucune façon que la personne qui la réclame ou la fait réclamer en son nom soit capable de contracter. Il ne s'agit pas en effet ici d'un contrat, mais bien d'une simple mesure, d'un simple acte conservatoire. Aussi, un mineur, sans l'assistance de son tuteur ou de son curateur, une femme, non autorisée, peuvent-ils parfaitement demander l'inscription d'une hypothèque, car il leur est toujours permis de faire leur condition meilleure.

Une autre question qui, plutôt que celles que nous venons d'examiner, pourrait donner lieu à discussion, est de savoir si, nonobstant l'art. 2127, l'inscription d'un

(1) Tarrille, *Répertoire*, inscrip. hyp., § 5; Duranton, t. 20, n° 88; Dalloz, n° 1451; Baudot, n° 217.

titre sous seing privé peut dans certains cas emporter hypothèque. Voici le cas :

L'art. 2118 porte : Le vendeur privilégié conserve son privilège par la transcription du titre qui a transféré la propriété à l'acquéreur, et qui constate que tout ou partie du prix lui est due, à l'effet de quoi la transcription du contrat faite par l'acquéreur *vaudra inscription pour le vendeur.*

On s'est demandé si la transcription d'un acte de vente sous seing privé, mentionnant que le prix était dû au vendeur, pouvait constituer une inscription en sa faveur. Quant à nous, nous n'hésitons pas à répondre d'une manière affirmative. Il est vrai que l'art. 2127 déclare ainsi que nous l'avons vu, chap. 1<sup>er</sup>, que l'hypothèque conventionnelle ne peut résulter que d'un acte authentique; mais nous ne saurions voir là une hypothèque conventionnelle; c'est bien et dûment une hypothèque légale; elle est écrite dans la loi et peut exister nonobstant toute volonté contraire de la part de l'acquéreur. On ne peut donc s'appuyer sur l'art. 2127 pour répondre d'une manière négative à la question que nous avons posée plus haut, et notre solution d'ailleurs est conforme à une décision du Conseil d'État du 12 floréal an XIII, portant que les actes de vente sous signature privée peuvent être présentés à la transcription.

XIV. — Arrivons maintenant aux conditions exigées par le Code pour la validité d'une inscription, conditions que nous avons énumérées plus haut. Les différents et nombreux renseignements que doit fournir le requérant, ou son mandataire, sont-ils tous absolument nécessaires au même degré? n'en est-il aucun que l'on ne puisse omettre sans s'exposer à voir déclarer nulle l'inscription prise? C'est ce que nous allons tâcher d'examiner.

Sous l'empire de la loi de l'an VII, que nous avons indiquée comme ayant été, selon nous, la loi mère de la transcription telle que nous la connaissons aujourd'hui en France, toutes les énonciations demandées par la loi étaient prescrites à peine de nullité (1). Mais le Code n'a pas reproduit cette clause et garde le silence le plus complet sur la sanction des formalités par lui indiquées. En faut-il conclure que le législateur n'a pas voulu sanctionner la règle par lui posée? Mais ce serait alors faire de ces énumérations si détaillées de l'art. 2148, qui évidemment ont fortement préoccupé sa pensée, une nomenclature puérile et ridicule. Faut-il croire au contraire qu'il faille se reporter à la loi de l'an VII, et déclarer nulle toute transcription ne portant pas intégralement tous les renseignements prescrits par le Code? Mais c'est alors

(1) Art. 17, loi de brumaire an VII.

tomber dans une rigueur que rien n'indique, qui ne se trouve écrite nulle part; et pourtant, toutes les fois que le Code a voulu établir la sanction de nullité à l'inaccomplissement des formalités par lui prescrites, il a toujours eu soin d'exprimer formellement son intention, et d'indiquer la nécessité où on était d'accomplir ses prescriptions *à peine de nullité*.

C'est pourtant ce dernier parti, tout rigoureux qu'il soit, que l'on adopta, et pendant plusieurs années la jurisprudence fut presque unanime pour décider que toute inscription dans laquelle une des formalités quelconques prescrites par le Code Napoléon se trouvait omise, était *nulle de plein droit*. Nombre de familles se trouvèrent ainsi ruinées par l'omission d'une simple formalité de détail; aussi ne tarda-t-on pas à chercher à revenir sur ces décisions, et l'un des premiers, M. Merlin essaya de faire rentrer la Cour de Cassation dans une voie plus conforme à l'équité, en lui faisant admettre une distinction entre les différentes formalités exigées.

Cette distinction consistait à voir dans l'art. 2148 deux sortes de formalités de nature différente, les unes *substantielles* de l'inscription même, les autres *accidentelles* et *secondaires*, et à considérer les premières seules comme nécessaires *à peine de nullité*. « Cette peine de nullité, » disait M. Merlin, la loi se garde bien de la prononcer,

« et pourquoi? Parce que mettant sa confiance dans le  
« principe général qui veut que la peine de nullité soit  
« suppléée de plein droit dans toutes les formalités qui  
« prescrivent des formes essentielles, et qu'elle ne le soit  
« jamais dans celles qui ne prescrivent que des formes  
« secondaires, elle se repose sur les juges du soin de  
« distinguer quelles sont, parmi les formes qu'elle pres-  
« crit pour l'inscription, celles qui tiennent ou ne tiennent  
« pas à la substance de ces actes. Et la Cour su-  
« prême, faisant droit à ces conclusions, abandonna, par  
« un arrêt du 14 mai 1809, le système qu'elle avait suivi  
« jusqu'à ce jour. Depuis, la doctrine et la jurisprudence  
« ont été, pour ainsi dire, unanimes pour admettre la  
« distinction de M. Merlin, et pour diviser les formalités  
« prescrites par l'art. 2148 en deux classes; les unes sont  
« considérées *essentielles* et nécessaires à peine de nul-  
« lité, les autres sont purement secondaires et ne vicient  
« pas l'inscription par leur absence. » (1)

Mais parmi ces formalités, lesquelles sont essentielle-  
ment nécessaires? lesquelles sont secondaires et peuvent  
être omises? C'est ce qui constitue une question d'appli-  
cation, sur laquelle la jurisprudence et les auteurs, una-  
nimes quand il ne s'agit que du principe, sont loin d'être

(1) Dalloz, p. 250, anc. édit.

du même avis. Si pourtant l'on pouvait s'accorder sur une bonne définition des formes substantielles d'un contrat, il serait alors facile, ce nous semble, d'arriver à un point de ralliement commun.

Que doit-on donc entendre par *formes substantielles*? « Ce  
« sont (répondrons-nous avec M. Troplong) celles qui sont  
« indispensables pour remplir le but pour lequel l'acte a  
« été institué. Introduites par l'équité naturelle pour pro-  
« téger des droits, elles sont violées toutes les fois que  
« par leur omission le but n'a pas été atteint; alors l'acte  
« se trouve vicié dans sa substance même, et il est ré-  
« duit *ad non esse*. » (1)

En rapprochant maintenant cette définition des modalités prescrites par l'art. 2148, il nous sera, ce me semble, facile de trouver quelles sont celles de ces formalités qui sont *indispensables pour remplir le but pour lequel l'inscription a été instituée*; et celles-là, nous les déclarerons *essentielles* à la validité de l'inscription, tandis que toutes les autres seront par nous rangées dans la classe des formalités secondaires et accidentelles.

Quel est, tout d'abord, le but qui a fait prescrire au législateur la nécessité de la transcription? Chacun sait que le seul et unique but de l'inscription hypothécaire a

(1) Troplong, n° 668 bis.

été et est encore de sauvegarder par la *publicité* les intérêts des tiers, et d'empêcher celui qui va livrer ses capitaux de tomber dans un piège, grâce à l'ignorance où il eût été des charges pesant sur les immeubles du débiteur. Du moment donc que le but de l'inscription est seulement la sauvegarde du prêteur ou de l'acquéreur par le moyen de la publicité donnée aux charges pesant sur les immeubles du débiteur, il est évident que parmi les formalités de l'art. 2148, sont seulement *essentiels* celles-là qui sont *nécessaires* pour que le prêteur connaisse exactement la position de l'emprunteur. Dès que ces formalités auront été remplies, le but de la loi sera atteint, et l'on pourra passer outre en négligeant toutes les autres, sans que pour cela l'inscription puisse être déclarée nulle.

« Or, dit M. Toullier, qui est-ce qui est nécessaire pour  
« que l'avertissement existe et qu'il remplisse son objet?  
« Deux choses seulement : qu'il fasse connaître le mon-  
« tant des charges ou hypothèques, et les biens qui en  
« sont grevés ; toutes les autres formalités sont manifes-  
« tement accessoires. Qu'importe, en effet, qu'il y ait  
« omission ou erreur dans les noms, prénoms, professions  
« ou domiciles du créancier ou du débiteur? Qu'importe  
« la date et la nature du titre constitutif d'hypothèque?  
« Il faudra bien que le créancier le fasse connaître s'il  
« veut s'en aider. Qu'importe l'époque de l'exigibilité de

« la somme, pourvu que le montant soit connu? Tôt ou  
« tard il faudra qu'elle soit payée. La loi n'a pas voulu  
« autre chose, sinon que personne ne fût trompé; qu'un  
« engagement ne fût pas contracté par l'ignorance d'un  
« autre engagement qui, s'il eût été connu, eût empêché  
« le second. Or, quand l'inscription dit : un tel doit payer  
« tant, tous ses biens ou tel bien sont hypothéqués; à cette  
« somme, voilà l'avertissement donné. Il suffit. Traitez-  
« vous ensuite, vous l'avez bien voulu. S'il y a du risque,  
« vous avez bien voulu le courir; et s'il vous arrive mal-  
« heur, vous ne pouvez vous en plaindre en justice; vous  
« étiez averti (1).

Observons seulement, en nous rangeant complètement aux principes enseignés par le savant professeur, qu'il restreint trop le nombre des formalités essentielles. Selon lui, comme nous venons de le voir dans le passage cité plus haut, il n'en existe que deux dont l'omission puisse entraîner la nullité d'une inscription hypothécaire, à savoir : la désignation de l'immeuble et le montant de la dette. Nous ne concevons pas comment M. Toullier n'ait pas compris qu'à ces deux énonciations devait nécessairement s'adjoindre l'énonciation du nom du débiteur, énonciation constituant une formalité aussi essentielle que la désigna-

(1) Toullier, tome 7, n° 310.

tion de l'immeuble et l'indication du montant de la dette. Ne peut-il pas en effet arriver souvent que dans le même arrondissement, dans la même commune, deux ou plusieurs immeubles portent le même nom? Si donc, voulant prêter à Paul sur une hypothèque grevant sa terre du Plessix, je trouve en consultant le registre du conservateur une hypothèque sur une terre du Plessix, sise dans le canton indiqué, mais sans désignation de propriétaire, qui me prouve que cet immeuble grevé n'appartient pas aussi bien à Jacques ou à Pierre qu'à Paul mon emprunteur, et que celui-ci m'a trompé en me garantissant sa propriété vierge d'hypothèques? L'omission du nom du débiteur intéresse donc directement la sûreté des tiers; faute à elle d'exister, ils ne peuvent obtenir tous les renseignements nécessaires, et le but de la loi est manqué. Cette désignation de nom constitue donc aussi une des conditions essentielles à la validité de l'inscription hypothécaire. Mais quand ces trois conditions ont été remplies, que les tiers qui veulent s'éclairer en consultant les registres du conservateur y trouvent l'énonciation claire et précise : 1° de l'immeuble grevé, 2° du nom du débiteur qui a grevé cet immeuble, 3° du montant de la somme au paiement de laquelle est affectée l'hypothèque, tous les renseignements qui leur sont nécessaires s'y trouvent. Le but de la loi est rempli, et quand même toutes les autres

formalités prescrites par la loi se trouveraient à manquer, l'inscription doit être déclarée valable, car sauf ces trois choses, toutes les autres sont accidentelles et secondaires. Mieux vaudra certainement trouver sur le bordereau toutes les indications demandées par le législateur, qui toutes sont d'une utilité directe et très-importantes, mais qui, nous le répétons, ne sont pas *nécessaires et essentielles* comme le prouve, croyons-nous, le passage de Toullier cité plus haut (1).

XV. — Mais une autre question surgit de la première, et l'on se demande : en admettant que pour la validité de l'inscription trois énonciations seules soient nécessaires, que faut-il pour que ces énonciations soient complètes et suffisantes? Rien de plus facile à résoudre que cette nouvelle difficulté, si on veut employer pour cela la règle que nous avons posée précédemment. Nous avons dit que seules pouvaient être considérées comme *essentielles* les conditions dont l'existence était nécessaire pour que le but de la loi se trouvât rempli, et dont l'omission la réduisait *ad non esse*; il faut donc que chacune des conditions essentielles soit remplie de manière à atteindre le but que s'est proposé le législateur, et dans ce cas-ci,

(1) Voyez dans ce sens, Toullier, n° 506-507, t. VII; Delvincourt; Troplong, n° 668; Dalloz; Grenier, t. I, p. 115.

par exemple, que les énonciations des noms du débiteur, de la désignation des biens, du montant de la créance, soient faites de telle sorte que le tiers intéressé puisse sûrement et immédiatement avoir tous les renseignements désirables; et si ces renseignements se trouvent dans le bordereau d'inscription, on ne pourra pas déclarer l'inscription nulle.

Ainsi, pour ce qui est du paragraphe 5 de l'art. 2118, on a voulu le combiner avec l'art. 2120, et dire que la désignation des biens devait comprendre, à peine de nullité, la nature, l'espèce, la situation des immeubles sur lesquels on voulait asseoir une hypothèque, et la désignation nominative de chaque bien, etc. Mais, dit M. Duranton, « si l'on voulait prendre rigoureusement à la lettre les « articles en question, il faudrait que l'espèce de l'im-  
« meuble fût indiquée par sa superficie, son assolement,  
« qu'elle portât la désignation de bâtiments, terre labou-  
« rable, pré, vignes, bois, etc.; il faudrait de plus que la  
« situation fût indiquée par le nom de l'arrondissement  
« du bureau, celui du canton et de la commune, et si  
« c'est une maison située dans une ville, par le nom de  
« la rue et le numéro; mais l'on conçoit que ce qui est  
« absolument exact n'est pas forcément nécessaire. » Et pourtant, longtemps la jurisprudence de la Cour de Cassation et la doctrine de certains auteurs soutinrent la né-

cessité de la stricte observation de ces renseignements. Ainsi, un arrêt du 23 août 1808 (1) vint-il casser un jugement du tribunal de Muret, confirmé par un arrêt de Toulouse, jugement déclarant valable une hypothèque conçue en ces termes : « Le débiteur donne hypothèque sur tous les biens qu'il possède dans les communes de Puyssaguet et de Rogues, arrondissement de Muret. » La Cour suprême considéra que la simple désignation des communes où étaient situés les biens ne pouvait en aucune sorte indiquer leur nature, formalité exigée par la loi.

Mais la Cour ne tarda pas à reconnaître qu'elle s'était laissée entraîner trop loin dans des voies de rigueur fâcheuses contre les intérêts des familles, et revint-elle à des mesures plus équitables; ainsi, par un arrêt du 6 mars 1820 (2), elle a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Grenoble qui avait déclaré valable une inscription prise sur tous les biens appartenant au sieur Allard, et situés dans la commune de Saint-André. De même, par un arrêt du 28 août 1821, elle a également rejeté un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Paris, au sujet d'une inscription déclarée valable, et qui

(1) Sirey, tom. VIII, part. 1<sup>re</sup>, p. 489.

(2) Dalloz, *Hyp.*, p. 208, anc. édit.

portait sur tous les biens situés commune de Soigneule et autres environnantes, canton de Brie (1). On voit que dans ces deux inscriptions on avait omis l'espèce des biens, et que dans la seconde la situation n'était pas indiquée avec toute la précision possible. Mais encore une fois, quand les tiers trouvent dans l'inscription toutes les indications nécessaires pour être à l'abri de toute lésion, le but de la loi est rempli.

Ainsi, pour ce qui est de l'indication du débiteur, on ne peut pas exiger non plus à peine de nullité que toutes les conditions réclamées par le Code se trouvent intégralement dans l'inscription; il suffit seulement que l'identité de ce débiteur soit bien évidente, et que chacun puisse reconnaître son individualité; par exemple, l'indication d'un sobriquet sous lequel le débiteur est depuis longtemps et généralement connu suffirait pour remplacer les prénoms.

Cette désignation doit exister lors même que l'immeuble serait, au moment où l'inscription est prise, entre les mains d'un tiers détenteur. « Mais si un tiers hypothèque son immeuble au paiement de la dette d'autrui, « l'inscription doit être prise sous le nom du propriétaire « de l'immeuble grevé. S'il en était autrement, le tiers

(1) Dalloz, *Hyp.*, p. 208, note.

« conserverait dans son intégralité un crédit diminué  
« pourtant par l'hypothèque qui grève son immeuble;  
« mais le nom du débiteur personnel devra également  
« être mentionné. » (1)

Un dernier principe que nous poserons sera celui-ci :  
Lorsqu'une inscription est prise après la mort du débiteur, ce qui peut avoir lieu si la succession a été acceptée purement et simplement, les créanciers peuvent (art. 2149) opérer leur inscription sous la simple désignation du défunt. C'est une disposition qui a été prise dans la loi du 17 brumaire an VII. Et il a été jugé avec raison, dans ce sens, par la cour de Bruxelles (4 avril 1806), que l'inscription faite sous le nom du défunt est parfaitement valable.

### SECTION III.

#### **A quelle époque peut être faite l'inscription hypothécaire.**

*Sommaire. — N° XVI. — L'inscription peut être faite tant que l'on est propriétaire. — Modification à ce principe, art. 834 et 835 du Code de Proc. Civ. — Loi de 1855, art. 6. — La transcription, avant cette loi, était une sorte de mise en demeure. — Son caractère actuellement. — Quid de l'argument d'équité invoqué pour soutenir les art. 834, 835 du Code de Proc. ? —*

(1) Mourlon, tom. III, p. 582.

*Les hypothèques, sauf celles dispensées de l'inscription, sont soumises à l'art. 6 de la loi de 1855.*

*N° XVII. — De l'inscription prise sur une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire (art. 2146). — Motifs de cette exception. — Parallèle entre la succession bénéficiaire et la faillite.*

*N° XVIII. — Si l'héritier bénéficiaire devient héritier pur et simple, l'inscription est valable. — L'inscription prise avant que l'héritier ait pris un parti est nulle s'il accepte sous bénéfice d'inventaire.*

*N° XIX. — L'adjudicataire d'un immeuble dépendant d'une succession bénéficiaire peut-il s'opposer à l'inscription ?*

*N° XX. — Quel des successions vacantes.*

*N° XXI. — Pour les successions échues à des mineurs, il faut distinguer le cas où les dettes sont supérieures à l'actif, et celui où elles sont inférieures.*

*N° XXII. — Inscriptions prises moins de dix jours avant l'ouverture de la faillite. — Jurisprudence sous la loi de brumaire. — Déclaration du 18 novembre 1702.*

*N° XXIII. — Cette exception ne s'étend pas aux hypothèques légales.*

*N° XXIII<sup>bis</sup>. — Combien de temps est valable l'inscription hypothécaire ?*

*XVI. — En principe, principe de droit et d'équité, l'inscription d'une créance emportant hypothèque peut être prise, sauf quelques exceptions spéciales dont nous*

nous occuperons plus tard, en tout état de cause, *tant que l'immeuble sur lequel hypothèque vous a été consentie est resté la propriété de votre débiteur*. Car du moment que cette propriété a changé de mains, sans que vous ayez établi votre droit hypothécaire vis-à-vis des tiers par la formalité de l'inscription, le nouvel acquéreur ou propriétaire est parfaitement fondé à vous répondre : jamais je n'ai traité avec vous, de quel droit venez-vous réclamer une inscription sur mon immeuble ? vous aviez une hypothèque sur cet immeuble, pourquoi avez-vous négligé de la faire transcrire ? vous ne pouvez plus réclamer maintenant l'inscription, aujourd'hui que cet immeuble est passé entre les mains d'un tiers ; il y a de votre faute, de votre négligence ; tant pis pour vous. Cependant, malgré ces principes que nous venons d'émettre, principes résultant des théories générales du Code Napoléon même, lors de la rédaction du Code de Procédure civile, une modification fut apportée par les art. 834 et 835 ; d'après ces articles, il fut décidé que tout créancier hypothécaire pourrait acquérir valablement inscription pendant un délai de quinze jours, à partir du moment où le nouvel acquéreur aurait fait transcrire sa vente. Ce système protecteur des créanciers a été de nouveau remplacé par la loi du 23 mars 1855, qui, abrogeant les art. 834 et 835 du Code de Procédure civile, est revenue ainsi à la première

législation du Code Napoléon, législation conforme elle-même à celle de la loi de l'an VII. L'utilité de cette modification a été un des points les plus contestés de la loi nouvelle. De nombreuses réclamations se sont fait entendre au Corps-Législatif et ailleurs contre l'art. 6 de cette loi, article que, quant à nous, nous ne pouvons qu'approuver complètement, comme un retour aux véritables principes.

Du moment, en effet, que l'on s'est arrêté au fait de la publicité de la transcription pour régler les droits réels vis-à-vis des tiers, il faut de toute nécessité, selon nous, que ces droits ne datent que du jour où la transcription leur aura donné la publicité demandée. Accorder des délais de grâce pour remplir cette formalité de transcription, et donner un effet rétroactif à celle qui aura été accomplie dans ces délais, c'est détruire, en partie au moins, les avantages du système, et contredire le principe que toujours la propriété doit arriver entre les mains du nouvel acquéreur, grevée seulement des charges et démembrements antérieurement et régulièrement constitués.

« Il y a d'ailleurs, dit M. Troplong, une profonde dif-  
« férence entre le système du Code de Procédure et celui  
« de la loi du 23 mars 1855. Dans le premier, la tran-  
« scription, inutile à la translation de propriété, ne se  
« comprend que comme une sorte de mise en demeure,

« une invitation de s'inscrire faite aux créanciers; il eût  
« donc été inconséquent de dater de la même époque la  
« mise en demeure et la déchéance, la forclusion; mais,  
« d'après la loi nouvelle, la transcription déplace la pro-  
« priété, elle en dépouille l'aliénateur (1), elle la soustrait  
« par là même à ses ayant-cause; elle ne provoque pas  
« des inscriptions tardives, elle n'annonce pas une vo-  
« lonté de purger qui se réalisera ensuite, elle consomme  
« seulement la mutation, elle révèle un fait accompli. Il  
« y a là un changement de principe qui empêche que l'on  
« puisse argumenter du Code de Procédure pour com-  
« battre l'art. 6 de la nouvelle loi. » (2)

Le grand argument, du reste, que l'on a opposé à cet article, est un argument d'équité. Quoique, pour notre compte personnel, partisan du système suivi actuellement quelquefois en jurisprudence et quelquefois même en doctrine, qui consiste à résoudre autant que possible bien des questions dans le sens de l'équité, même quand cela entraînerait une légère contradiction avec les principes, j'avoue qu'ici je ne me rends pas bien compte de l'argument d'équité avec lequel les adversaires de notre article

(1) Au moins à l'égard des tiers, car aujourd'hui comme autrefois la mutation de propriété est parfaite par le seul fait du consentement.

(2) Troplong, *De la transcription*, n° 26.

l'ont combattu. Ils ont prétendu que la suppression des art. 834 et 835 du Code de Procédure ôtait toute sécurité aux créanciers, et les laissait entièrement à la merci des débiteurs de mauvaise foi, et cela parce que le fait suivant peut avoir lieu : au 1<sup>er</sup> mars, Paul emprunte à Pierre une somme de 50,000 fr. en donnant une hypothèque sur une maison sise à Paris; le soir même, guidé par une intention frauduleuse, il la vend à Jean qui est d'accord avec lui, fait le lendemain, 2 mars, transcrire immédiatement son acte de vente avant que Pierre, qui pourtant n'est pas en faute de négligence, ait fait prendre inscription à son profit sur l'immeuble.

Sans doute, ce résultat pourra avoir lieu; mais il me semble difficile, avec un fait pour ainsi dire personnel et exceptionnel, de venir attaquer un article de loi qui repose sur un principe général; et de ce qu'une chose peut avoir lieu, on ne doit pas conclure d'une manière générale que la sûreté des créanciers ne sera plus qu'une question de vitesse. Et quand même, dans le cas que nous avons cité, peut-on dire d'une manière absolue que le prêteur ne fut pas en faute? Qui l'empêchait de ne livrer ses fonds qu'après l'inscription prise, ainsi que cela se passe ordinairement dans la pratique, et de se mettre ainsi à l'abri de toute fraude? Et d'ailleurs, du moment qu'avec les délais existant autrefois dans certains cas on

avait attaqué le principe général, je ne vois pas à quel point précis on pouvait rationnellement s'arrêter. Tout créancier hypothécaire, en tout état de cause, ne pourrait-il pas venir réclamer un terme de grâce pour faire opérer inscription, sous prétexte qu'une autre inscription prise à la suite d'un prêt consenti frauduleusement, quelques heures après le sien, est venue rendre son hypothèque illusoire? Par la même raison, l'acquéreur qui voit le lendemain du jour de son acquisition un autre acquéreur faire transcrire avant lui, n'aurait-il pas été en droit de réclamer, aussi lui, ce délai de quinzaine pour faire opérer la transcription de son acte de vente? L'exception, selon nous, n'avait pas plus de raison d'exister dans un cas que dans l'autre. Le principe est ici formel, et du moment que la vente transfère immédiatement la propriété de l'immeuble à l'acquéreur, personne ne peut plus faire inscrire d'hypothèque du chef des précédents propriétaires. Les art. 834 et 835 du C. de Pr. C. étaient une exception dont la suppression ne peut être qu'approuvée.

Bien entendu que l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855 s'applique non-seulement aux hypothèques conventionnelles, mais aux hypothèques judiciaires et aux hypothèques légales non dispensées de l'inscription. Quant aux premières, cela ne fait pas l'ombre d'un doute; mais quelques personnes se sont demandées s'il en était ainsi

pour les secondes. Nous ne nous rendons pas compte de ce doute, car ces hypothèques sont, sous le rapport de l'inscription, assimilées aux autres. Pourquoi donc, quand la loi garde le silence, faire une exception en leur faveur, lorsque surtout l'énumération que fait l'art. 6 des articles 2123, 2127, etc., n'est nullement limitative, mais est simplement une énonciation et pas autre chose?

XVII. — Aujourd'hui donc, et depuis la suppression des art. 834 et 835 du Code de Proc. Civ., en réponse à la question posée en tête de cette section, on peut dire que l'inscription hypothécaire peut être requise par le créancier tant que le débiteur sera resté vis-à-vis des tiers propriétaire de l'immeuble grevé.

Mais il est à ce principe, quelque général qu'il puisse être, deux exceptions que nous allons examiner maintenant.

L'inscription hypothécaire, nous dit l'art. 2146, est nulle et sans effet, si elle a été prise dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. Il en est de même entre les créanciers d'une succession, si l'inscription n'a été faite par l'un d'eux que depuis l'ouverture de la succession, et dans le cas où cette succession n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire. Nous allons d'abord examiner cette dernière hypothèse.

Le motif qui a porté le législateur à poser cette exception est aussi juste et aussi équitable que possible. En effet, nous dit M. Dalloz (1), « l'héritier témoigne par « cette acceptation de son intention de ne pas con- « fondre son propre patrimoine avec celui de la succes- « sion; il se fait donc ainsi comme une dévolution des « biens héréditaires à la masse des créanciers, et il serait « aussi contraire à l'équité qu'aux principes d'admettre « un créancier à se créer postérieurement des droits de « préférence sur le fond commun. Il en doit être autre- « ment lorsqu'il y a acceptation pure et simple, car se « faisant alors une confusion des biens de l'héritier avec « ceux de la succession, la position des créanciers vis-à- « vis de cet héritier reste ce qu'elle était vis-à-vis de l'au- « teur de la succession avant le décès. »

Il y a dans ce cas une grande analogie avec le cas prévu par le commencement de notre article; la position est, sous beaucoup de points, analogue entre la succession acceptée seulement sous bénéfice d'inventaire et la faillite.

On peut dire, en effet, qu'à l'ouverture de la faillite comme à l'ouverture de la succession bénéficiaire, la position des créanciers est réglée d'une manière définitive, que, partant, ces créanciers ne peuvent, à compter de

(1) Dalloz, *Préc. et Hyp.*, n° 1431.

ce moment, rendre leur position meilleure aux dépens les uns des autres, et que, dans les deux cas également, les droits des créanciers doivent être réglés d'une manière d'autant plus fixe, qu'il est à présumer que les dettes sont plus considérables que l'actif, attendu que dans la succession bénéficiaire il y a une sorte de présomption de déconfiture, car si l'héritier espérait que toutes dettes payées la succession offrirait un reliquat, il l'accepterait purement et simplement.

XVIII. — Une des premières questions qui surgissent à l'occasion de l'exception que nous venons de signaler est celle-ci : Qu'arrivera-t-il si, après qu'un créancier a pris inscription sur les biens d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, l'héritier bénéficiaire vient, par suite d'un de ces actes qui le constituent héritier pur et simple, à être déchu du bénéfice que lui avait donné la loi? L'inscription prise par le créancier est-elle valable? Nous répondrons, sans hésitation, affirmativement.

En effet, pour réfuter toutes les objections des adversaires de notre opinion, il suffit de rappeler ici l'adage connu, *semper hæres, semel hæres*. Du moment que l'héritier est devenu, soit volontairement, soit par imprudence, héritier pur et simple, il se trouve avoir été héritier pur et simple depuis le jour de l'ouverture de la succession. La succession n'a donc jamais, en fait, été

une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire; par-tant, l'exception créée par l'art. 2146 en faveur des suc-cessions acceptées sous bénéfice d'inventaire ne peut être applicable ici, et l'inscription prise par le créancier sera parfaitement valable.

On s'est demandé quelle serait la valeur de l'inscrip-tion prise avant que la succession ait été acceptée sous bénéfice d'inventaire. Le principe que nous rappellions tout à l'heure donne la solution de cette question; et quoique quelques auteurs aient voulu prétendre que l'on devait appliquer à ce cas le délai de dix jours établi par notre article pour le cas de faillites, et dire que les inscriptions prises plus de dix jours avant l'accep-tation de la succession sous bénéfice d'inventaire sont va-lables, il faut reconnaître, quelque rigoureuse que puisse paraître cette solution, que du moment qu'une suc-cession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, toutes les inscriptions prises par les créanciers, à quelque époque que ce soit, sont nulles; car l'héritier est censé avoir toujours été héritier bénéficiaire (1).

XIX. — Nous ferons observer ici que l'adjudicataire d'un immeuble appartenant à une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire peut s'opposer à l'inscription

(1) Grenier, t. I, n° 120; Troplong, t. III, n° 658<sup>ter</sup>.

faite par un des créanciers de la succession, car par le fait de la vente il se trouve subrogé aux droits des autres créanciers (1).

XX. — Nous ajouterons que ce que nous venons de dire relativement aux successions acceptées sous bénéfice d'inventaire s'applique également aux successions vacantes, sur les immeubles desquelles aucune inscription ne peut être prise utilement. Cette question, controversée pendant quelque temps, est universellement admise aujourd'hui en jurisprudence et en doctrine (2).

XXI. — Ainsi que nous l'avons dit, l'inscription prise sur un immeuble appartenant à une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire est nulle : cela se conçoit parfaitement quand la succession est échue à un majeur, car le refus d'acceptation pure et simple fait présumer l'insolvabilité de l'hoirie. Mais lorsque la succession se trouve appartenir à un mineur, ne faudrait-il pas distinguer le cas où la succession contiendrait évidemment plus de biens que de dettes, et ne serait-il pas trop rigoureux de déclarer toujours, et en tout état de cause, nulles, les inscriptions qui seraient dans ce cas? Malgré le texte de la loi, qui évidemment n'établit aucune distinction, mal-

(1) Dalloz, n° 1310; arrêt de Limoges, 3 décembre 1821.

(2) Voy. Merlin, Tarrille, Duranton, Troplong, etc.

gré l'opinion de plusieurs auteurs, nous pensons que la distinction que nous avons mentionnée tout à l'heure peut être admise, et que l'art. 2146 ne doit pas s'appliquer dans tous les cas aux successions dévolues aux mineurs. En effet, l'art. 461 du Code porte que le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur sans autorisation préalable du conseil de famille, et que, dans tous les cas, cette acceptation aura lieu sous *bénéfice d'inventaire*. « Si le tuteur, dit M. Grenier (1), « n'est pas autorisé à répudier, l'acceptation en devient « une conséquence; et de là il résulte, quoique l'accep- « tation doive avoir lieu sous bénéfice d'inventaire, une « exclusion de l'idée que la succession soit en état d'in- « solvabilité ou de déconfiture. Or, c'est de cet état que « naît le principe qui déclare nulle l'inscription. » C'est un fait évident, quoique le contraire soit soutenu par plusieurs auteurs, et notamment par M. Dalloz, et la pensée du législateur ressort de la position matérielle qu'occupe dans le Code la prohibition dont nous nous occupons actuellement. Il nous paraît certain que, défendant par un *seul et même* article de prendre inscription sur les biens des faillis et sur ceux des successions acceptées seulement sous bénéfice d'inventaire, le législateur a obéi à une seule

(1) Grenier, t. I, n° 122.

et même idée, savoir, que dans les deux cas le passif du débiteur était, ou à tout le moins était présumé supérieur à son actif. Si donc telle a été la pensée du législateur, on ne doit pas, quand l'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'est pas facultative et résulte de la loi, et qu'il est prouvé que l'actif de la succession l'emporte sur le passif, déclarer nulles les inscriptions prises par les créanciers sur cette succession (1). Cette décision pourrait être par trop préjudiciable aux créanciers et conduirait à des résultats certainement contraires à la pensée du législateur.

XXII. — La seconde exception au principe posé par nous, que l'inscription peut être prise utilement tant que les biens sont encore dans le domaine du débiteur, exception que nous trouvons dans la première partie de l'art. 2146, est ainsi conçue : « Les inscriptions ne produisent aucun effet si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. »

Ce délai nous est indiqué par l'art. 446 du Code de Commerce, et est par lui fixé à dix jours; d'où il résulte que toute inscription prise dans les dix jours qui pré-

(1) Contre cette opinion, Dalloz, 141-142; Troplong, t. III, 659; Persil, art. 2146, n° 13; Duranton, t. XX, n° 82.

cèdent l'ouverture de la faillite se trouve nulle et impro-  
ductive d'effet.

Mais l'art. 2146 a été modifié par l'art. 448 du Code de Commerce, qui nous dit : les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite. Néanmoins, les inscriptions prises après l'époque de la cessation de paiement, ou dans les dix jours qui précèdent, pourront être déclarées nulles s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque et celle de l'inscription. Nous ferons observer seulement, à propos de cet article, que, dans le cas prévu par le second paragraphe, les inscriptions ne sont pas nulles *ipso jure*, mais sont annulables (pourront être déclarées nulles).

Les motifs qui ont amené le législateur à admettre cette exception au principe général, exception peut-être rigoureuse parfois, sont pour ainsi dire palpables. On a pensé que dans les cas de faillite, lorsque le mauvais état de la fortune du débiteur menace la totalité des créanciers de pertes certaines et imminentes, il serait injuste de permettre à un créancier, mieux informé, ou plus à portée d'agir parce qu'il est sur les lieux, de venir, par le fait d'une inscription, diminuer encore le gage des autres créanciers, et s'assurer un paiement intégral à leur préjudice, et cela sans prévoir le cas où le

créancier et le débiteur auraient été d'accord pour frauder, par une inscription hypothécaire, les droits des créanciers.

Cette exception est, du reste, bien loin de constituer une innovation en matière hypothécaire. Nous la trouvons dans la loi de brumaire an VII (1), laquelle défend de faire inscrire l'hypothèque que le débiteur avait consentie, même antérieurement aux dix jours précédant la faillite, lorsqu'on a laissé arriver ce moment sans avoir préalablement requis d'inscription.

Et bien antérieurement, nous trouvons la même prohibition concernant non pas l'inscription, institution récente, mais la constitution même des hypothèques, qui sont déclarées improductives d'effet si elles sont consenties *moins de dix jours* avant la faillite.

« Voulons et nous plaît, lisons-nous dans la déclaration du 18 novembre 1702, ..... comme aussi que les  
« actes et obligations qu'ils passeront par devant notaire  
« au profit de quelques-uns de leurs créanciers, ou pour  
« contracter de nouvelles dettes, ensemble les sentences  
« qui seront rendues contre eux, n'acquerront aucune  
« préférence ni hypothèque sur les créanciers chirographaires, si lesdits actes et obligations ne sont passés.

(1) Loi de brumaire an VII, art. 5.

« et si lesdites sentences ne sont rendues pareillement  
« dix jours au moins avant la faillite publiquement con-  
« nue. » (1)

XXIII. — Pendant longtemps, de vives discussions ont eu lieu parmi les commentateurs pour savoir jusqu'où s'étendait cette exception, et s'il fallait l'appliquer même aux hypothèques légales et aux privilèges dispensés d'inscriptions, ainsi que le faisait penser l'ancien art. 443 du Code de Commerce, portant : *nul ne peut acquérir privilège ou hypothèque sur les biens du failli dans les dix jours qui précèdent, etc.*

Mais aujourd'hui, le nouvel art. 446, remplaçant l'article 443, est venu trancher la question en déclarant nulles seulement les hypothèques conventionnelles et judiciaires consenties dans les dix jours précédant la faillite.

L'art. 446 est-il également applicable au cas où il y a simplement déconfiture? Malgré l'opinion contraire de quelques jurisconsultes, nous ne pouvons admettre cette théorie, car jamais, quoiqu'en fait ce soit une seule et même chose, le législateur n'a confondu sous une même dénomination la faillite et la déconfiture. Or, notre article, parlant uniquement de la faillite, doit uniquement

(1) Voir également l'ordonn. du mois de mars 1673, tit. XI, art. 4.

s'appliquer au cas de faillite, et ne peut être étendu à celui de déconfiture.

Nous devons faire remarquer, en terminant les quelques observations que nous venons de faire au sujet de l'article 2146, que, traitant de l'inscription hypothécaire, nous avons cru devoir parler de cet article, qui cependant ne se rattache pas directement à notre matière, mais a de l'importance au point de vue des rapports existant entre les créanciers. Car il est bien évident que le tiers détenteur ne serait, ni dans le cas de faillite, ni dans celui de succession bénéficiaire, recevable à opposer au créancier la nullité de son inscription.

XXIII<sup>bis</sup>. — Il nous reste une dernière question à examiner. C'est de savoir pendant combien de temps l'inscription hypothécaire est valable et productive d'effet; en d'autres termes, par quel laps de temps se prescrit l'inscription hypothécaire. *L'inscription hypothécaire, nous dit l'art. 2154, conserve l'hypothèque pendant dix années, à partir du jour de sa date; son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai.*

Un des principaux motifs allégués pour justifier la courte durée de ce délai a été de dire : qu'il eût été impossible au conservateur, si les inscriptions avaient eu force pendant toute la durée des hypothèques, d'avoir des registres tenus de manière à ce que le public pût facile-

ment avoir connaissance des inscriptions existant sur les patrimoines, et qu'ainsi la publicité des hypothèques serait devenue pour ainsi dire illusoire.

M. Vatimesnil, dans un rapport relatif à la modification du régime hypothécaire, a depuis proposé de porter à trente ans la durée de l'inscription hypothécaire; mais ce changement, qui évidemment constitue une simplification désirable, n'a pas été adopté, et l'art. 2154 est resté comme règle immuable.

Il a cependant été créé une exception à cette règle par le décret du 28 février 1852, qui porte (art. 47) : Les inscriptions prises au profit des Sociétés de Crédit Foncier sont dispensées, pendant toute la durée du prêt, du renouvellement décennal prescrit par l'art. 2144. Cette exception ne nécessite aucune explication.

Sous l'empire de la loi de l'an VII, il existait une autre exception au profit de l'inscription prise par la femme ou en son nom, à raison de son hypothèque légale. Le Code Napoléon, et avec raison, n'a pas reproduit cette exception. Il est en effet évident que lorsque l'inscription n'est pas nécessaire pour que l'hypothèque soit valable, *erga omnes*, il n'est pas nécessaire non plus de renouveler cette inscription si elle a été prise. Cette exception eût donc constitué sous le Code une sorte de pléonasme; mais il n'en était pas ainsi sous la loi du 11 brumaire

an VII, car alors, ainsi que nous l'avons vu précédemment, l'hypothèque de la femme mariée n'était pas dispensée de l'inscription.

De nombreuses discussions se sont élevées sur le fait de savoir comment devait se compter ce délai de dix ans. Sans entrer dans aucune explication, nous poserons seulement en principe que le jour où l'inscription est prise ne doit pas compter, mais que l'on doit faire compter le dernier jour du délai.

Une autre question plus intéressante, selon nous, serait de rechercher si l'acte de renouvellement doit ou non porter les indications nécessaires pour la validité de l'inscription première. Mais nous ne pourrions que répéter ce que nous avons dit plus haut, à savoir, que l'inscription, et partant le renouvellement, est valable si le tiers peut y trouver les indications dont il a besoin. Or, une simple ligne portant renouvellement d'inscription sur les biens du débiteur au nom du créancier, et se reportant à l'inscription précédemment prise en ce qui concerne les autres indications, nous semble suffisante pour mettre les tiers en position de s'éclairer, et, partant, devra être déclarée valable.

## SECTION IV.

**Des hypothèques qui ne sont pas soumises à la formalité de l'inscription.**

Sommaire. — N° XXIV. — *Les hypothèques conventionnelles et judiciaires sont soumises à l'inscription sans exception. — Pour les hypothèques judiciaires, une seule inscription gère tous les biens situés dans l'arrondissement du bureau, même ceux acquis postérieurement à l'inscription.*

N° XXV. — *Dans le cas prévu par l'art. 2130, il faut une nouvelle inscription à chaque acquisition.*

N° XXVI. — *Distinction à faire entre les hypothèques légales au point de vue de l'inscription.*

N° XXVII. — *Les hypothèques des mineurs et des femmes mariées valent sans inscription, art. 2135. — Quid de cet article?*

N° XXVIII. — *Ne pourrait on pas modifier cet article, 1° en ce qui concerne la femme?*

N° XXIX. — *2° En ce qui concerne le mineur?*

N° XXX. — *Système suivi en Belgique dans ces deux cas.*

N° XXXI. — *L'hypothèque accordée au mineur n'a qu'une seule date, elle remonte au jour de l'acceptation de la tutelle, art. 2135.*

N° XXXII. — *Celle de la femme remonte au jour où sont nées les différentes créances qu'elle a contre son mari. — Il y a donc là une question de fait.*

N<sup>o</sup> XXXIII. — *L'art. 2133 déroge-t-il à l'art. 1328? — Non.*

N<sup>o</sup> XXXIV. — *On peut stipuler par contrat de mariage que l'hypothèque légale donnée pour garantir le emploi des propres datera du jour du mariage. — Mais elle ne vaut contre les tiers, dans ce cas, que s'il y a inscription.*

N<sup>o</sup> XXXV. — *Modifications apportées à notre article par la loi de 1855. (Art. 8.)*

N<sup>o</sup> XXXVI. — *L'hypothèque porte sans inscription même sur les biens du tuteur ou du mari acquis depuis la cessation de la tutelle ou de la communauté.*

N<sup>o</sup> XXXVII. — *De l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855. — Jurisprudence antérieure à cette loi.*

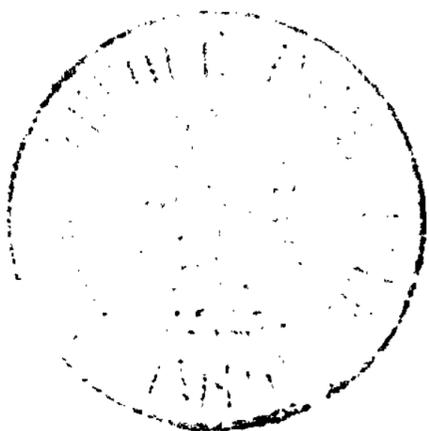
XXIV. — Toute hypothèque, quelle qu'elle soit, doit, pour produire son effet vis-à-vis des tiers, avoir été inscrite. C'est un fait acquis pour nous, et sur lequel nous ne reviendrons pas; mais le législateur a apporté quelques exceptions à ce principe : et c'est de ces exceptions que nous allons nous occuper maintenant.

D'après ce que nous avons vu en commençant, les hypothèques se divisent, selon la source dont elles proviennent, en trois classes; et elles sont *conventionnelles, judiciaires ou légales*, selon qu'elles résultent d'une convention, d'un jugement ou de la loi.

Les deux premières classes, les hypothèques judiciaires et conventionnelles, sont en tout soumises à la règle gé-

nérale, et partant complètement nulles à l'égard des tiers si elles n'ont pas été inscrites, et ne donnent alors à leurs possesseurs que le simple rang de créanciers chirographaires. Il existe pourtant entre elles une légère différence relativement à l'inscription, différence consistant en ceci : les hypothèques judiciaires étant, comme nous l'avons dit chap. I<sup>er</sup>, générales, et frappant par conséquent les biens à venir comme les biens présents, il semblerait que les créanciers, à chaque nouvelle acquisition, devraient se trouver dans l'obligation de prendre une nouvelle inscription. Toutefois, il n'en est rien ; et lorsqu'une hypothèque judiciaire a déjà été inscrite dans un bureau, cette inscription suffit pour tous les autres immeubles que le débiteur peut acquérir par la suite dans l'arrondissement du même bureau. C'est ce que nous dit clairement l'art. 2148 (n<sup>o</sup> 5 *in fine*) : « A défaut de con-  
« ventions, une seule inscription pour ces hypothèques  
« (judiciaires et légales) frappe tous les immeubles com-  
« pris dans l'arrondissement du bureau. » Et la raison en est facile à comprendre, car cette inscription unique suffit pour avertir les tiers que le créancier a une hypothèque dont la nature est telle que tous les immeubles qu'acquerra le débiteur seront affectés au paiement de sa dette.

XXV. — Pour ce qui est des hypothèques convention-



nelles, elles ne peuvent être consenties, en thèse générale, que sur les biens appartenant actuellement au débiteur (art. 2129); mais il est un cas où ses biens à venir peuvent être également affectés à l'hypothèque. Si cependant, nous dit l'art. 2130, les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté à mesure des acquisitions. On s'est demandé si, dans ce cas, où l'hypothèque conventionnelle revêtait pour ainsi dire les caractères de généralité de l'hypothèque judiciaire, une seule inscription suffisait pour grever tous les biens postérieurement acquis, dans le même bureau. Mais la question a toujours été résolue négativement, et l'inscription doit être requise pour chaque immeuble à mesure qu'il entre dans le patrimoine du débiteur. En effet, l'inscription hypothécaire n'est valable qu'autant qu'elle désigne *spécialement* l'immeuble sur lequel elle est prise (art. 2148, n° 5). Or, la disposition de l'article même que nous citons plus haut est spéciale et particulière. La loi n'a dérogé au principe posé au n° 5 de l'art. 2148 qu'au profit des créanciers ayant une hypothèque judiciaire; *qui dicit de uno negat de altero*.

Ainsi, sous ce rapport, il y a une différence à faire entre les hypothèques conventionnelles portant sur tous

les biens à venir et les hypothèques judiciaires; pour les premières, il faut autant d'inscriptions qu'il y a d'immeubles différents; pour les secondes, l'inscription prise dans un bureau frappe tous les immeubles que le débiteur acquiert ensuite dans le même bureau. Du reste, cette exécution, établie au profit des hypothèques judiciaires, ne leur est pas propre et spéciale, mais elle existe aussi en faveur des hypothèques légales qui ont également le caractère de généralité, ainsi que nous l'avons vu chapitre I<sup>er</sup>.

XXVI. — Pour ce qui est de la troisième classe d'hypothèques, les hypothèques légales, nous rappellerons encore ici la subdivision que nous avons faite lorsque nous en avons parlé en commençant; nous avons distingué les hypothèques légales établies au profit de la femme, du mineur, de l'État, des communes, etc.

Parmi ces hypothèques, les dernières sont, comme toutes les autres, soumises au principe général, et ne peuvent valoir contre les tiers que par l'inscription. Nous n'aurons donc pas à nous en occuper, puisqu'elles rentrent dans la règle commune, et nous parlerons seulement des hypothèques légales accordées à la femme et au mineur sur les biens du mari et du tuteur.

XXVII. — Le Code Napoléon (art. 2135) déclare que ces deux hypothèques, contrairement à ce qui a lieu d'or-

dinaire, *existent erga omnes indépendamment de toute inscription.*

Cette exception n'avait pas lieu autrefois sous la loi de l'an VII, et n'a été introduite que par les rédacteurs du Code Nap. On a pensé que l'hypothèque accordée aux mineurs et aux interdits eût été une garantie illusoire si elle eût été soumise à la formalité de l'inscription, car ces personnes étant, en fait, incapables de faire des actes conservatoires de leurs droits, cette inscription n'eût jamais été prise. C'est par le même motif que la femme est dispensée de faire inscrire son hypothèque; placée sous l'influence de son mari, elle eût, dit-on, presque toujours négligé de faire un acte dont celui-ci peut avoir à souffrir (1). Ces raisons, qui sont celles que presque tous les auteurs donnent à l'appui de l'exception introduite par l'art. 2135, sont-elles assez fortes pour justifier complètement ce manquement au grand principe de la publicité des hypothèques? Il nous est difficile de le concéder. Sans doute, nous n'hésitons pas à reconnaître la nécessité où se trouve le législateur de protéger ceux qu'il a déclaré incapables, mais doit-il le faire au préjudice des autres citoyens? Évidemment, non! Du moment que la nécessité de l'inscription hypothécaire a été reconnue,

(1) Mourlon, t. III, p. 564.

que l'on est tombé d'accord sur le besoin de la publicité pour sauvegarder les droits des tiers, il fallait adopter le principe dans son entier, et ne pas permettre que près de la moitié des immeubles du territoire français pût se trouver grevée d'hypothèques occultes. Cette opinion, plusieurs fois déjà, a été émise, principalement dans certaines revues de jurisprudence, et toujours combattue; elle a été généralement repoussée. Les législateurs du mois de mars 1855, tout en étendant les limites de la publicité donnée aux mutations de propriété, n'ont pas osé toucher au privilège, exorbitant selon nous, accordé aux incapables; mais sentant pourtant la nécessité d'une modification, ils se sont contentés d'un moyen terme sur lequel nous reviendrons plus tard.

Indépendamment de la nécessité de sauvegarder les incapables *per fas et nefas*, on a objecté aux écrivains qui ont combattu l'art. 2135, que, en définitive, les tiers ne couraient presque aucun risque, puisque la loi (2136) obligeait les maris et les tuteurs à faire inscrire eux-mêmes l'hypothèque dont sont grevés leurs biens; mais tout le monde comprend combien peu, dans la pratique, doit être suivie une prescription toujours désavantageuse à celui qui s'y conformerait, et dont en définitive l'exécution n'est garantie par aucune espèce de sanction. Car on ne peut pas, en bonne foi, considérer comme une sanc-

tion suffisante de l'obligation de faire inscrire l'hypothèque de leur femme ou de leur pupille, imposée au mari ou au tuteur, la clause finale de ce même art. 2136, qui déclare stellionataire celui qui aurait laissé prendre une hypothèque conventionnelle sur ses biens sans déclarer au créancier l'hypothèque légale qui les grevait déjà. En effet, que garantit cette sanction? L'obligation de faire inscrire l'hypothèque? Nullement. Mais bien uniquement le fait de consentir une hypothèque sans prévenir le créancier. Mais, dit-on, cette disposition ne garantit-elle pas suffisamment les tiers, ne sont-ils pas à l'abri de toute fraude? Oui, ils auront la faculté, après avoir été trompés, de poursuivre leur débiteur par voie de contrainte par corps, mais leurs capitaux n'en seront pas moins perdus; et d'ailleurs, ce fait de stellionat ne peut s'appliquer qu'à un seul cas, celui où une seconde hypothèque est prise sur les biens du mari et du tuteur. Mais dans le cas de vente? Qui viendra, je vous prie, sauvegarder les droits du tiers détenteur? Pierre, je suppose, achète de Paul un immeuble; avant d'opérer le paiement, il consulte les registres du conservateur, et ayant acquis la certitude qu'il n'existe pas d'hypothèques inscrites sur cet immeuble, fait simplement transcrire sa vente et se croit en sûreté. Et parce que Paul, qui dans ce cas n'était pas obligé de le prévenir, se trouvait, au moment de la vente, chargé d'une

tutelle, circonstance tout à fait inconnue à Pierre, celui-ci, au bout de quinze ans, pourra se voir dépossédé par suite de l'hypothèque occulte que le pupille avait sur les biens de son tuteur, et, s'il a grevé son immeuble d'hypothèque, ses créanciers seront primés par le pupille; et si cet immeuble a, comme il se peut, passé successivement en différentes mains, ce même pupille viendra déposséder le tiers détenteur, quitte à celui-ci à intenter un procès en garantie, qui de main en main remontera jusqu'à Pierre, premier acquéreur! Et pourtant, dans ces cas, les tiers lésés n'étaient certes pas en faute.

Je suppose, dans une autre espèce, un mari propriétaire sous condition résolutoire, dans le cas prévu par l'art. 952. La condition s'étant réalisée, le bien retourne au premier propriétaire, qui aliène ou hypothèque cet immeuble. La communauté dont le chef avait été propriétaire sous condition résolutoire est dissoute, et les biens du mari sont insuffisants pour les reprises de la femme; l'hypothèque de celle-ci s'étendra même sur les biens possédés par son mari, sous condition résolutoire, et elle viendra primer ou évincer les créanciers hypothécaires ou les détenteurs de ces biens. Quel moyen, dans ce cas, est-il laissé à ceux-ci pour se garer de l'éviction ou de la diminution de leur gage? Aucun.

XXVIII. — Aussi, en présence de ces résultats, con-

cevons-nous parfaitement que nombre d'auteurs soient venus demander la suppression de l'hypothèque occulte des femmes mariées et des autres incapables, surtout quand nous voyons en Allemagne le régime hypothécaire marcher parfaitement sans l'exception introduite en France par l'art. 2135. Il est vrai que d'un fait propre à une législation on ne peut pas tirer un argument sérieux contre un autre fait propre à une autre législation, différente peut-être d'esprit et d'idées. Mais, sans assimiler complètement les hypothèques dont nous nous occupons aux hypothèques conventionnelles, ainsi que cela avait lieu sous l'empire de la loi de l'an VII, ne pourrait-on pas pourtant se conformer aux principes généraux, et donner ainsi une garantie plus grande aux tiers? Il nous semble que ce résultat ne serait pas impossible à atteindre.

D'abord, pour ce qui est de l'hypothèque accordée à la femme mariée sur les biens de son époux, on pourrait supprimer tout à fait l'exception de l'art. 2135; et quelque grave que puisse paraître en apparence cette atteinte portée aux prérogatives de la femme, nous sommes intimement persuadé que le préjudice qui pourrait lui être causé par la suppression de l'art. 2135 serait à peu près nul. En effet, comment, sauf exception, se passent les faits dans la pratique? Tout le monde sait quel luxe de

précautions est généralement pris, lors de tout mariage, pour sauvegarder les intérêts des deux conjoints, et avec quelles minuties sont discutés les contrats de mariage. Aussi, en présence de cette préoccupation des intérêts matériels, qui se fait sentir lors de toute union, sommes-nous persuadé que, du moment que l'hypothèque des femmes mariées se trouverait soumise à la nécessité de l'inscription, l'inscription serait toujours requise, souvent même avant que la célébration du mariage fût venue donner vie aux dispositions du contrat. Qui empêcherait d'ailleurs d'exiger que l'officier de l'état civil, en demandant aux futurs époux s'ils ont fait un contrat de mariage (art. 75 addition, loi du 10 juillet 1850), fût tenu d'avertir la femme de la nécessité où elle serait, pour faire valoir son hypothèque, de requérir inscription? Cette inscription, d'ailleurs, une fois prise, s'étendrait bien entendu à tous les biens acquis par le mari dans le ressort du même bureau, puisque cette hypothèque serait générale. Mais cette hypothèque aurait-elle besoin d'être renouvelée lorsque la femme acquerrait de nouvelles créances contre son mari? Non évidemment, car jamais le chiffre exact de la dette du mari envers sa femme, dette garantie par l'hypothèque, ne peut être mentionné; on ne le connaîtra qu'à la dissolution de la communauté. Dans l'impossibilité où l'on est de connaître le *quantum* de

la dette, qu'est-ce qu'il importe en définitive aux tiers de savoir, si ce n'est que les biens d'un tel sont grevés d'une hypothèque? Or, une seule inscription au début du mariage mettra ce tiers, s'il est prudent, suffisamment en garde.

XXIX. — Quant aux mineurs et aux interdits, il est certain que généralement ils sont incapables, *en fait*, de requérir l'inscription. Mais qui empêcherait de statuer que, lors de la réunion du conseil de famille pour la nomination soit du tuteur, soit du subrogé-tuteur, le juge de paix serait tenu de réclamer *d'office*, au nom du conseil, l'inscription en faveur du mineur, et que pour l'interdit le procureur impérial, qui en tout état de cause peut réclamer l'inscription, serait obligé de la demander?

XXX. — Sans parler ici des législations de Bavière, de Prusse, etc., voici quelle est actuellement la loi en vigueur en Belgique sur cette matière. Les hypothèques légales sont *spéciales* et non *générales*, et sont soumises à l'inscription. Pour le mineur, si à l'ouverture de la tutelle le tuteur possède des propriétés foncières, le conseil de famille désigne celles qui seront frappées d'hypothèque, et fixe la somme pour laquelle l'inscription sera prise. La loi prend les précautions les plus propres pour s'assurer que l'inscription sera effectivement formalisée. S'il est reconnu que le tuteur n'a pas d'immeubles en quantité suffisante, il est obligé de verser dans la Caisse des Dépôts et Con-

signations les capitaux mobiliers du mineur. Si dans le cours de la tutelle les garanties fournies par le tuteur se trouvent modifiées, le conseil de famille peut en exiger de nouvelles. Pour assurer l'exécution des délibérations du conseil de famille en ce qui concerne les inscriptions hypothécaires, la loi prescrit la tenue au greffe de chaque justice de paix d'un état de toutes les tutelles ouvertes dans le canton, avec l'obligation d'envoyer au procureur du Roi de l'arrondissement copie de cet état, et enjoint au tribunal de statuer, tant d'office que sur les réquisitions du ministère public, sur la vue de cet état.

Quant aux femmes mariées, le contrat de mariage doit déterminer les immeubles qui sont grevés d'hypothèque, l'objet auquel s'applique la garantie et la somme, jusqu'à concurrence de laquelle l'inscription doit être prise. Elle doit être inscrite par le mari avant la célébration du mariage, et à son défaut, la femme, ses parents alliés jusqu'au troisième degré, le juge de paix ou le procureur du Roi, peuvent la requérir.

XXXI. — Mais, quelles que soient les modifications que l'on pourrait apporter à l'art. 2135, cet article existe. Voyons donc en quelques mots quels sont ses effets.

Le législateur, comme nous le regrettons tout à l'heure, a donc, par l'art. 2135, dispensé le mineur, l'interdit et la femme mariée de faire inscrire l'hypothèque

qu'il leur accordait sur les biens de leurs tuteurs ou de leurs maris. Il suit de là que ces biens se trouvent grevés d'hypothèque *erga omnes* par le seul fait de la tutelle ou de la publication du mariage.

A partir de quelle date se trouvent-ils grevés? C'est une question qui, quoique importante surtout en ce qui concerne le droit de préférence, peut cependant offrir de l'intérêt pour le tiers détenteur d'un immeuble.

Occupons-nous d'abord de l'hypothèque accordée au mineur. Cette hypothèque, quelles que soient les créances qu'elle garantit, remonte à un seul et même jour. Il n'y a donc pas lieu ici de distinguer, comme nous le ferons tout à l'heure en parlant de l'hypothèque de la femme mariée, l'origine des diverses créances. Mais cette date unique, quelle est-elle? Quand cette hypothèque a-t-elle commencé?

*Le jour de l'acceptation de la tutelle*, nous répond l'art. 2135 n° 1. Mais de son côté, l'art. 2194 déclare que cette hypothèque doit dater du *jour de l'entrée en fonctions* du tuteur. En présence de ces deux articles contradictoires, laquelle des deux décisions adopter?

Soit donc, je suppose, *Primus* auquel incombe une tutelle le 1<sup>er</sup> janvier 1859 : il entre en fonctions le 3; dans l'intervalle, il cède à *Secundus* l'immeuble A. L'hypothèque légale du pupille existant sur les biens de *Pri-*

mus, courra-t-elle à partir du jour de la nomination ou du jour de l'entrée en fonctions? Autrement l'hypothèque, dans ce cas, grèvera-t-elle ou ne grèvera-t-elle pas l'immeuble acquis par *Secundus*? Il semble impossible de ne pas décider que l'hypothèque du mineur, devant prendre naissance au moment où commence la responsabilité, doit prendre date le jour de l'acceptation du tuteur, car celui-ci est tenu de gérer à partir du jour de son acceptation seulement.

Ce sera donc à ce jour qu'il faudra faire remonter l'hypothèque du mineur, quelles que soient d'ailleurs, avon-nous dit, la date et la cause de la créance.

XXXII. — En ce qui concerne l'hypothèque légale qui est accordée à la femme mariée, il y aura lieu de faire des distinctions basées sur la date des diverses créances garanties par cette hypothèque.

En effet, tous les apports que la femme fait à la communauté, et pour la reprise desquels la loi lui accorde une hypothèque, n'ont pas lieu le même jour; il eût donc été injuste à l'égard des tiers de faire remonter cette hypothèque à un seul et même jour. Aussi le législateur a-t-il adopté le principe suivant, que la date de l'hypothèque est déterminée par la date du jour dans lequel sont nées, ou auquel remontent les différentes créances que la femme a contre son mari. C'est ce qui résulte

clairement des dispositions de l'art. 2133, qui dans le n° 2 règle successivement le rang des hypothèques que peuvent avoir les femmes.

1° Pour leurs dot et conventions matrimoniales;

2° Pour les sommes dotales et provenant de successions ou donations échues pendant le mariage;

3° Pour l'indemnité à laquelle la femme a droit au sujet des dettes contractées avec son mari, et pour le emploi de ses propres.

Et fixe ce rang au jour où la responsabilité du mari a commencé, c'est-à-dire au jour du mariage pour la dot et les conventions matrimoniales, et au jour où il s'est trouvé en possession pour les sommes dotales provenant de succession, et pour la valeur des emprunts ou des propres de sa femme aliénés par lui.

Pour ce qui est de la dot et des conventions matrimoniales, M. Troplong a prétendu que ce n'était pas seulement au jour de la célébration du mariage qu'il fallait faire prendre date à l'hypothèque de la femme, mais que l'on devait la faire remonter au jour même du contrat de mariage, et que la célébration du mariage avait pour ainsi dire un effet rétroactif (1).

J'avoue qu'il m'est impossible de partager cette opinion

(1) Troplong, *Hyp.*, tom. II, p. 403.

(que je ne ferai même que mentionner brièvement); et avec la majorité des auteurs, je crois que c'est seulement au jour de la célébration du mariage que doit remonter l'hypothèque de la femme pour sa dot et ses conventions matrimoniales (1).

Bien entendu ici que par le mot *dot* il faut comprendre ce qui est apporté par la femme le jour même du mariage. Le mot est pris ici dans un sens pratique; mais peu importe que le mari ait ou non reçu effectivement ce que la femme est censée lui apporter, sa responsabilité n'en est pas moins engagée, et partant l'hypothèque de la femme n'en existe pas moins.

Quant aux conventions matrimoniales, on entend par là les avantages stipulés par la femme, tels que préciput, usufruit, etc. Nous ferons observer que l'hypothèque garantissant ces conventions n'existe pas au profit de la femme du failli, dont le mari était commerçant lors du mariage, ou bien l'est devenu dans l'année qui a suivi la célébration du mariage (art. 564, Code de Com.). Il eût été en effet trop facile de frauder à l'avance les droits des créanciers en assurant à la femme des avantages considérables par contrat de mariage, avantages emportant hypothèque du jour de la célébration du mariage.

(1) Pour M. Grenier, Dalloz, Persil, Mourlon, etc.

La loi, en assignant un rang aux trois espèces de créances dont nous avons parlé, en a passé beaucoup d'autres sous silence, par exemple les indemnités pour dégradations, etc. ; mais il sera toujours facile de savoir à quelle date faire remonter l'hypothèque de la femme en se reportant au principe que nous avons posé plus haut, à savoir : *que la date de l'hypothèque est déterminée par la date du jour dans lequel sont nées ou auquel remontent les différentes créances que la femme a contre son mari.*

Ainsi donc, pour expliquer nos théories par un exemple pratique : Primus, en mai 1852, épouse Titia qui lui apporte une somme de 50,000 fr. de dot ; en 1853, il vend à Secundus une maison sise à Rennes. L'année suivante, par suite du décès de ses père et mère, Titia recueille une valeur de 100,000 fr. ; la liquidation de la communauté a lieu en 1856. Titia ne pourra agir contre Secundus, tiers détenteur de l'immeuble vendu, que pour une valeur de 50,000 fr., montant de son apport matrimonial, car l'hypothèque qui garantit la succession de 100,000 fr. par elle recueillie, ne prenant date que du jour de l'échéance de ladite succession, en 1854, ne peut porter sur un immeuble sorti des mains du débiteur en 1853, c'est-à-dire l'année précédente.

Voici un autre exemple qui montre en outre la diffé-

rence existant sur ce point entre l'hypothèque de la femme mariée et celle du mineur :

« *Titius* épouse *Prima*, et devient le même jour tuteur  
« de *Secunda*, sœur de *Prima*. Une hypothèque est par lui  
« consentie à l'un de ses créanciers. Postérieurement à  
« cette hypothèque, une succession échoit à *Prima*, sa  
« femme, et à *Secunda*, sa pupille; il la reçoit en sa  
« double qualité de mari et de tuteur. Il tombe en faillite :  
« comment colloquerons-nous *Prima*, *Secunda*, et le  
« créancier ayant reçu hypothèque postérieurement au  
« mariage et antérieurement à la succession? *Secunda* (la  
« pupille) aura le premier rang, car son hypothèque date  
« non pas du jour de la succession, mais du jour où *Ti-*  
« *tius* a été tuteur. Le créancier aura le second rang, car  
« son hypothèque est antérieure à l'ouverture de la suc-  
« cession, époque qui détermine le rang de l'hypothèque  
« de *Prima*. » (1)

XXXIII. — On s'est demandé si l'art. 2133, qui accorde à la femme une hypothèque sur les biens de son mari pour l'indemnité à elle due à l'occasion des dettes qu'elle a contractées avec son mari, ou pour le emploi de ses propres aliénés à dater du jour de l'obligation ou de la vente, dérogeait à l'art. 1328; en d'autres termes,

(1) Mourlon, tom. III, p. 567.

si, lorsque l'obligation ou la vente existaient en vertu d'un acte sous seing privé, l'hypothèque légale de la femme remontait au jour du contrat, ou seulement au jour où ce contrat avait acquis date certaine : il a été décidé (Cass., 5 février 1851, Dalloz, p. 51, 114; Rennes, 21 août 1851, Dalloz, p. 54, 5, 425) que c'était seulement au jour où l'acte avait acquis date certaine que remontait l'hypothèque. S'il en eût été autrement, la fraude fût devenue trop facile, et d'ailleurs la disposition de l'art. 1328 est trop générale; pour que l'art. 2135 y fasse exception, il faudrait pour cela que cette exception fût formellement exprimée ou résultât virtuellement de la nature même des choses.

La décision est la même relativement à l'emprunt fait par la femme dans l'intérêt de son mari.

XXXIV. — Une autre question qui présente assez d'intérêt est celle-ci : Les époux peuvent-ils déroger par contrat de mariage à la disposition de la loi énoncée dans l'art. 2133, et stipuler, par exemple, que la femme aura *hypothèque légale du jour du mariage* pour le emploi de ses propres aliénés pendant le mariage, ou pour les dettes contractées avec son mari?

La Cour de Cassation s'est prononcée pour l'affirmative par un arrêt du 26 février 1829 (Dalloz, 29, 1, 161), confirmatif d'un arrêt de la Cour d'Orléans, fondé sur ce que

les dispositions de l'art. 2135, ne pouvant pas être considérées comme intéressant l'ordre public, il était permis d'y déroger par des conventions particulières. Cette opinion est partagée par M. Delvincourt et M. Dalloz (1), qui prétendent que s'il a été stipulé dans un contrat de mariage, même postérieurement au Code, que la femme aura hypothèque du jour de la célébration du mariage pour le emploi de ses propres aliénés et pour l'indemnité des dettes contractées pendant le mariage, cette stipulation doit avoir son effet. Cette solution nous paraît inadmissible, dans son entier au moins. Que l'on puisse, par suite d'une hypothèque *toute de convention*, grever ses biens à partir du jour du mariage, même pour le emploi des propres de la femme, le fait ne souffre pas de discussion; mais cette hypothèque est alors purement conventionnelle, et ne peut avoir aucun des caractères de l'hypothèque légale; elle n'aura donc force vis-à-vis des tiers que si elle a été inscrite (2), car ce n'est que par exception que l'hypothèque est affranchie de l'inscription, et l'exception étant de droit étroit, ne peut s'appliquer qu'aux cas spécialement prévus par la loi.

(1) Dalloz, n° 935.

(2) Il va sans dire que, à partir du jour où les propres auront été vendus, l'hypothèque vaudra sans inscription, car ce ne sera plus une hypothèque conventionnelle, mais bien l'hypothèque légale de l'art. 2135.

XXXV. — D'après ce que nous venons d'exposer, on voit combien ce système des hypothèques légales de la femme et des mineurs peut être préjudiciable aux tiers, et, en tout cas, nuisible au crédit du mari et surtout du tuteur, puisque les tiers qui traitent avec lui peuvent toujours, d'un moment à l'autre, voir leurs sûretés s'évanouir et leurs créances primées par les créances qui naissent postérieurement au profit de ces incapables.

Disons un mot maintenant, mais un mot seulement, du moyen terme que la loi de 1855 a cru devoir apporter au vice du système des hypothèques occultes.

Autrefois, les mineurs et les femmes étaient dispensés de l'inscription, même *après la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage*. Il était difficile de plus porter atteinte au principe de la publicité des hypothèques, et sans qu'aucun motif pût venir militer en faveur de cette exception au droit commun. Aujourd'hui, cette anomalie n'existe plus. On a compris que du moment que les motifs qui faisaient établir une exception de tolérance en faveur du mineur et de la femme mariée venaient à cesser, l'exception devait aussi cesser, *cessante causa cessat effectus*. Aussi, l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 a décidé que si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de son interdiction, leurs héritiers ou ayant-cause, n'ont pas pris inscription *dans l'année qui suit la disso-*

*lution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour de l'inscription prise ultérieurement.*

Ainsi donc, supposons une veuve : dans l'année qui suit la dissolution de la communauté, prend-elle inscription pour ses hypothèques légales ? celles-ci subsisteront à la date que leur assigne la loi. Néglige-t-elle au contraire cette mesure ? ses hypothèques subsisteront toujours ; mais rentrant dans la classe des hypothèques ordinaires, elles ne vaudront, vis-à-vis des tiers, que du jour où elle aura requis inscription.

Et il en serait de même à l'égard du mineur devenu majeur.

Si cet article ne détruit pas le vice dont nous nous plaignons, au moins en diminue-t-il l'abus, et nous ne pouvons qu'y applaudir ; aussi ne comprenons-nous pas ces lignes que nous trouvons dans un auteur dont nous affectionnons habituellement les décisions :

« Il est à regretter peut-être, dit M. Mourlon, que cette innovation ait été étendue aux mineurs devenus majeurs. Bien peu parmi eux seront, en effet, assez soucieux de leurs droits, assez libres, assez indépendants pour prendre au sortir de la tutelle des mesures conservatoires, et se verront ainsi lésés. » (1)

(1) Mourlon, 3<sup>e</sup> examen, p. 568.

Nous ne redirons pas ici ce que nous avons dit plus haut. Mais encore une fois l'art. 8 n'est qu'un palliatif, et nous regrettons que le législateur n'ait pas osé franchement supprimer une exception si préjudiciable aux tiers et si contraire aux principes.

XXXVI. — Une question qui a été soulevée est la suivante : on s'est demandé si la femme et le mineur avaient une hypothèque sur les biens acquis par le mari et le tuteur depuis la fin de la tutelle ou la liquidation de la communauté, et si, dans le cas où cette hypothèque existerait, elle serait affranchie de la nécessité de l'inscription. L'affirmative, sur le premier point, n'a pas rencontré de contradicteur sérieux ; il est juste, en effet, que, aussi longtemps que le mari et le tuteur n'ont pas réglé leurs comptes, leurs biens garantissent les obligations par eux contractées envers la femme ou envers le mineur, et que partant l'hypothèque légale, pesant sur tous les biens, s'étende même à ceux acquis postérieurement à la cessation de la tutelle ou de la communauté.

Le second point a paru faire plus de difficulté, et nous citerons notamment M. Duranton parmi les auteurs qui prétendent que cette hypothèque ne peut être dispensée de l'inscription. Mais malgré les raisons apportées par lui à l'appui de son opinion, nous croyons que la loi ne faisant pas de distinction puisque l'hypothèque légale s'étend

même aux immeubles acquis depuis la cessation de la tutelle ou de la communauté, cette hypothèque est naturellement dispensée de l'inscription, au moins pendant l'année qui suit la fin de la tutelle ou la dissolution de la communauté.

XXXVII. — Une autre modification très-importante apportée à notre législation, relativement aux hypothèques légales des femmes mariées, est la disposition de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, qui porte : dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, 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 ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante. »

Avant la publication de cette loi, cette subrogation pouvait être faite, même par acte sous seing privé, et c'était un point controversé que de savoir si le créancier subrogé avait ou non besoin de l'inscription pour agir contre les tiers comme ayant-cause de la femme, ou, en d'autres termes, si c'était par la date de l'acte emportant subrogation à l'hypothèque légale de la femme, ou par la date de l'inscription destinée à révéler aux tiers l'existence de cette subrogation, que devaient se régler la préférence d'un créancier sur l'autre et les droits du tiers acquéreur vis-à-vis du créancier. La disposition de l'art. 9 fait cesser

pour l'avenir tout doute et toute incertitude sur ce point; mais la question pour le passé a conservé le même intérêt, puisque l'art. 11 de cette même loi porte que l'art. 9 n'est pas applicable aux actes ayant acquis date certaine avant le 1<sup>er</sup> janvier 1856.

Examinons-donc cette question : « Quelques arrêts  
« (je cite textuellement M. Dalloz (1) ) se sont prononcés  
« pour la nécessité. Ainsi, il a été jugé que dans le con-  
« cours de deux créanciers, dont l'un se trouve subrogé  
« tacitement et l'autre est subrogé aussi à l'hypothèque  
« légale de la femme, c'est ce dernier qui, quoique pos-  
« térieur en date, doit être préféré s'il a fait inscrire son  
« acte de subrogation (Paris, 15 février 1832). Cette so-  
« lution n'est pas explicitement contenue dans l'arrêt,  
« mais elle résulte comme conséquence du point jugé.  
« Décidé également, qu'entre plusieurs créanciers subrogés  
« à l'hypothèque légale de la femme, c'est le créancier le  
« premier subrogé et qui a pris inscription en vertu de  
« sa subrogation, qui doit être préféré aux créanciers qui  
« n'ont traité avec la femme et n'ont fait inscrire leur  
« subrogation qu'après lui. (Metz, 17 décembre 1822;  
« tribunal de Senlis, 23 août 1833.)

« Mais des arrêts en plus grand nombre ont décidé que

(1) Dalloz, n<sup>o</sup> 288 et suivants.

« l'inscription de l'acte de subrogation n'était point né-  
« cessaire; qu'ainsi, entre deux créanciers inscrits subro-  
« gés l'un et l'autre par une femme mariée, leur débi-  
« trice, aux droits qui résultent pour elle de son hypo-  
« thèque légale (inscrite ou non), c'est le créancier pre-  
« mier subrogé qui doit être préféré, nonobstant qu'il  
« n'ait point fait inscrire son acte de subrogation et que  
« le second créancier ait rempli cette formalité. Le motif  
« donné par ces arrêts, c'est qu'aucune loi n'exige que  
« le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme  
« fasse inscrire l'acte de subrogation consenti par elle à  
« son profit, et n'accorde au créancier, qui a rempli sura-  
« bondamment cette formalité, une préférence sur les  
« créanciers dont la subrogation n'a pas été inscrite; que  
« l'art. 2134, qui ne donne rang à l'hypothèque que du  
« jour de l'inscription, ne peut s'entendre que de l'in-  
« scription du titre constitutif de la créance, et non d'une  
« hypothèque légale qui en est dispensée par l'art. 2135,  
« et à l'égard de laquelle le créancier qui représente la  
« femme doit jouir du même avantage, et n'est pas plus  
« obligé de faire inscrire sa subrogation que la femme  
« elle-même de faire inscrire son hypothèque. Les au-  
« teurs ont généralement adopté cette jurisprudence.  
« Persil, Duranton, Rolland de Villargues, Troplong,  
« Zacharise. »

## CHAPITRE III.

### DE L'EFFET DES HYPOTHÈQUES CONTRE LES TIERS DÉTENTEURS.

---

#### SECTION I.

##### **Du droit de suite dans ses effets généraux.**

Sommaire. — N<sup>o</sup> XXXVIII. — *En quoi consiste le droit de suite? — L'hypothèque étant indivisible, il s'applique à tous les immeubles grevés ou à toutes les portions d'immeubles.*

N<sup>o</sup> XXXIX. — *Il s'applique également à l'usufruit.*

N<sup>o</sup> XL. — *Il ne s'applique pas au cas où une maison a été vendue pour être démolie, et où la démolition a eu lieu.*

N<sup>o</sup> XLI. — *Quid pour le cas où on a séparé de l'immeuble grevé un droit de servitude, d'usage ou d'habitation? — Système de M. Troplong. — Système de MM. Persil, Dalloz et Delvincourt. — Système de M. Mourlon.*

N<sup>o</sup> XLII. — *Quid quant aux baux consentis, art. 1 de la loi du 25 mars 1855? — Distinction entre les baux transcrits et non transcrits.*

N<sup>o</sup> XLIII. — *En cas d'échange, le droit de suite ne doit pas, si l'on a une hypothèque générale, porter à la fois sur l'immeuble donné par le débiteur en échange et sur celui qu'il a reçu en contre-échange.*

N<sup>o</sup> XLIV. — *On ne peut stipuler que la vente n'aura pas lieu en justice, car le but de l'hypothèque est d'arriver à la vente en justice de l'immeuble.*

N<sup>o</sup> XLIV<sup>bis</sup>. — *Le tiers n'est pas obligé personnellement. — On ne peut donc opérer sur lui de saisies-arrêts pour le paiement des intérêts de la dette.*

N<sup>o</sup> XLV. — *Le tiers jouit des termes accordés au débiteur, même lorsque celui-ci vient à en être déclaré déchu.*

N<sup>o</sup> XLVI. — *Du bénéfice de discussion.*

N<sup>o</sup> XLVII. — *Il n'existe que dans le cas où l'hypothèque est générale.*

N<sup>o</sup> XLVIII. — *Pour l'opposer, il faut que le tiers ne soit pas obligé personnellement. — Quid quant à l'héritier, — au légataire universel, — à la caution, etc.?*

N<sup>o</sup> XLIX. — *Peut-on discuter les biens des cautions? — Opinion de M. Troplong. — Opinion de M. Dalloz.*

N<sup>o</sup> L. — *On ne peut discuter ceux des autres tiers détenteurs.*

N<sup>o</sup> LI. — *Pour les formalités à observer en cas de discussion, il faut se reporter non-seulement au Code Napoléon, au titre du Cautionnement, mais au Code de Procédure Civile.*

N<sup>o</sup> LI<sup>bis</sup>. — *De l'art. 2175. — Cet article constitue-t-il une exception en faveur du tiers détenteur? — Non.*

N<sup>o</sup> LI<sup>ter</sup>. — *Il ne lui donne ni le droit de retenir l'immeuble, jusqu'à parfait paiement de ses impenses, — ni celui d'exiger caution du créancier pour garantir ce paiement.*

N<sup>o</sup> LI<sup>quater</sup>. — *De l'exception de garantie.*

XXXVIII. — Après avoir parlé des conditions requises pour que l'hypothèque soit régulièrement constituée et puisse avoir force contre les tiers, voyons maintenant quels sont ses effets vis-à-vis de ces tiers, et quels sont les droits qu'elle confère contre eux aux créanciers hypothécaires.

Ces droits sont, comme nous l'avons déjà dit, au nombre de deux : l'un règle les rapports des différents créanciers entre eux ; c'est le droit de préférence ; l'autre, ceux des créanciers relativement aux tiers acquéreurs ; c'est le droit de suite.

Nous n'avons ici à nous occuper que de ce dernier. Le droit de suite est le droit accordé au créancier hypothécaire inscrit (1) de *suivre* l'immeuble grevé *en quelques mains* qu'il vienne à passer, pour le faire vendre en justice, et sur le prix être colloqué du montant de sa créance.

Ce droit, le plus important de tous les droits conférés par l'hypothèque, est établi de la manière la plus positive dans l'art. 2166, portant : que les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions. Sans ce

(1) Sauf les exceptions que nous avons signalées.

droit de suite, l'auxiliaire le plus important, nous le répétons, de l'hypothèque et du privilège immobilier, la garantie offerte au créancier sur les biens de son débiteur deviendrait tout à fait illusoire, et il serait exposé à voir son gage lui échapper avec la même facilité que le meuble le plus fragile. Avec le droit que lui confère l'art. 2166, au contraire, en quelques mains que vienne à passer l'immeuble grevé, il conservera toujours les droits qu'il peut avoir acquis sur lui. Si donc le débiteur est venu à aliéner, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, la chose hypothéquée, le créancier pourra toujours la poursuivre entre les mains de l'acquéreur et du donataire, ainsi qu'il l'eût fait si la propriété n'avait pas été transférée; et il n'y a pas à distinguer si l'immeuble a été aliéné *en totalité*, ou s'il ne l'a été que partiellement. Quelque modique que soit la partie aliénée, l'hypothèque reposera sur elle dans son entier, et le créancier pourra poursuivre la totalité de sa créance contre le tiers détenteur de cette portion de l'immeuble grevé, lequel tiers se trouvera dans la nécessité de délaisser ou de payer, car il est de l'essence même de l'hypothèque d'être indivisible, et par conséquent de reposer intégralement sur l'ensemble des biens grevés, et sur chaque partie desdits biens, si minime qu'elle soit. *Est tota in toto et tota in qualibet parte*, répèterons-nous avec nos anciens auteurs.

XXXIX. — Si donc l'hypothèque subsiste en entier sur chaque fraction de la propriété que le débiteur vient à séparer du tout, qu'arrivera-t-il lors de la cession faite par ce débiteur d'un droit d'usufruit sur l'immeuble grevé? Le cas peut se présenter de deux manières : ou le possesseur d'un usufruit vient à le vendre après l'avoir préalablement grevé d'hypothèque, ou le propriétaire d'un immeuble hypothéqué vend l'usufruit dudit immeuble, en en détenant par devers lui la nue propriété. Dans le premier cas, l'hypothèque suit tout naturellement l'usufruit dans quelques mains qu'il vienne à passer; c'est la règle commune, et il n'y a besoin d'aucune explication. Dans le second cas, l'hypothèque se trouve peser à la fois et sur l'usufruit séparé de la nue propriété, et sur cette nue propriété; c'est de nouveau l'application du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque dont nous parlions tout à l'heure; que l'on sépare le domaine en diverses parties, ou que l'on en détache un usufruit, l'hypothèque subsiste toujours dans son entier sur chaque division : parcelle minime ou usufruit, peu importe! *Est tota in toto et tota in qualibet parte.*

Naturellement, ce que nous venons de dire de l'usufruit doit s'appliquer aux droits de superficie et d'emphytéose. C'est un point qui n'a pas même besoin d'explication.

XI. — Mais il est d'autres démembrements de la propriété au sujet desquels on s'est demandé si l'hypothèque concédée au créancier pouvait donner naissance au droit de suite, et partant permettre de réclamer paiement en tout état de cause. En premier lieu se présente l'hypothèse suivante : Un débiteur ayant hypothéqué des maisons ou des forêts de futaie qu'il possédait pour une somme considérable, vient à les vendre à charge d'abattre ou de démolir; les bois abattus et la maison une fois démolie, que devient le droit du créancier hypothécaire? M. Dalloz (p. 330, n° 3) soutient que ses droits subsistent même dans ce cas, attendu, dit-il : « que la vente est immobilière, nonobstant que le sol sur lequel ces bâtiments « étaient assis ou ces arbres plantés ait été vendu séparément. » M. Persil (*Régime hypoth.*, t. 1, p. 249) soutient le même système; mais malgré leur autorité, nous n'hésitons pas à nous ranger à l'avis de M. Troplong, n° 777, et à dire que, dans ce cas, le droit du créancier hypothécaire tombe immédiatement, car il n'a plus de raison d'être. Sous l'empire du Code Napoléon, l'hypothèque ne peut reposer que sur des immeubles; et si elle est assise sur les meubles, elle est nulle de plein droit. Du moment donc que la maison ou la futaie, d'immeubles qu'elles étaient, sont devenues meubles, nous ne voyons pas comment on pourrait soutenir que

l'hypothèque subsiste toujours. Comment, en effet, un droit sur une chose peut-il exister du moment que cette chose n'existe plus, en tant que susceptible de ce droit au moins. Aussi, c'est ce que la Cour de Cassation a jugé, contrairement à l'opinion de M. Dalloz, par un arrêt du 9 août 1825 (1), et c'était autrefois ce qu'enseignait Pothier (2).

XLI. — Supposons maintenant que le débiteur vienne à séparer de la pleine propriété de l'immeuble grevé, soit un droit d'usage ou d'habitation, soit une servitude. Quelle sera alors la position du créancier hypothécaire ?

Nous verrons plus tard que le droit de suite donne au créancier le droit de refuser les offres qui lui sont faites par le détenteur, lorsqu'elles ne suffisent pas pour le désintéresser, et celui de saisir l'immeuble soit sur lui s'il ne le délaisse pas, soit sur un curateur commis à l'immeuble s'il le délaisse, et de le faire vendre aux enchères. Or, dans le cas que nous venons de voir, le créancier ne peut ni saisir ni faire vendre aux enchères, car les droits d'usage et les servitudes ne sont pas susceptibles d'expropriation forcée. Que pourra donc faire le

(1) Dalloz, *Rép. ann.*, 1826, 1, p. 31.

(2) Pothier, *Cout. d'Orléans*, t. I, p. 550, n<sup>o</sup> 47.

créancier? Se trouvera-t-il, quoique conservant en fait son droit, dans l'impossibilité d'agir? Plusieurs systèmes se trouvent en présence sur ce point.

M. Troplong, s'appuyant sur le motif que nous donnions tout à l'heure, que ces droits ne sont pas susceptibles d'expropriation forcée, les déclare tout à fait en dehors du droit de suite. « On peut citer encore, dit-il (1), comme échappant au droit de suite, la constitution d'un droit d'usage, d'habitation ou de servitude. « L'acquéreur de semblables droits n'est donc pas tenu « de les purger. »

Mais dans cette opinion, que deviennent les droits du créancier hypothécaire? Ils sont, comme l'on voit, complètement laissés de côté, et il peut se trouver que la valeur de son gage diminue dans des proportions considérables, sans qu'il lui soit laissé moyen d'y remédier.

MM. Dalloz, Persil et Delvincourt ont combattu cette opinion, et voulu soumettre les servitudes, l'usage et l'habitation au droit de suite, comme tous les autres démembrements de la propriété. « A plus forte raison, dit M. Dalloz (2), le débiteur ne peut-il pas grever l'immeuble d'aucun droit réel, tel que servitude, droit

(1) Troplong, *Hyp.*, n° 777<sup>bis</sup>.

(2) Dalloz, p. 331, n° 7, anc. édit.

« d'usage ou d'habitation. Le tiers qui aura acquis la  
« servitude ne pourra la purger de l'hypothèque qu'en  
« faisant transcrire, et en dénonçant son droit aux  
« créanciers inscrits. » — « Qu'arrivera-t-il, demande  
« M. Persil (1), si la somme déclarée par le tiers était  
« insuffisante et au-dessous de la valeur réelle de la  
« servitude? Les créanciers auraient-ils le droit de suren-  
« chérir? » Mais la surenchère est impossible, car l'objet  
de cette surenchère serait de faire exproprier la servitude  
isolée et séparée de l'immeuble, ce qui n'est pas permis  
par la loi. M. Persil propose donc un autre moyen con-  
sistant à faire estimer la somme que le tiers détenteur  
devra payer pour se libérer de l'hypothèque.

Ce système, quoique plus juste et plus équitable à tous  
égards, ne peut être suivi, car il repose uniquement sur  
l'arbitraire et n'a été écrit ni prévu nulle part, et il n'y  
a pas un seul article dans le Code Napoléon sur lequel  
puisse s'appuyer cette nécessité de recourir à des experts,  
idée contraire à tout le système hypothécaire. Du mo-  
ment, en effet, que l'on admet que, même en cas de ces-  
sion de servitude, etc., le droit de suite par hypothèque  
subsiste, il faut se dire que la vente aux enchères est la  
fin de toute hypothèque, qu'elle est une garantie pour les

(1) *Rég. hyp.*, art. 2166, n° 5.

créanciers, que leur gage sera vendu le plus haut prix possible, et que, partant, on ne peut pas leur enlever cette garantie.

A côté de ces deux systèmes, il en est un autre que nous empruntons à M. Mourlon (*Répétitions écrites sur le Code Napoléon*). « La constitution, dit-il (1), des droits  
« d'usage, d'habitation ou de servitude, doit être consi-  
« dérée comme non avenue à l'égard des créanciers hypo-  
« thécaires, qui peuvent faire saisir l'immeuble en toute  
« propriété sans tenir compte des droits réels consentis  
« par le débiteur. »

Ce système est fondé sur l'art. 2091, qui décide que l'antichrèse ne peut pas nuire au droit résultant d'hypothèques antérieures. On généralise ce principe, et l'on dit : le débiteur ne peut pas, par des actes postérieurs, diminuer la garantie des créanciers hypothécaires ; tous les droits réels qu'il consent sur l'immeuble, antichrèse, hypothèque ou autre, sont à leur égard *res inter alios acta*. En un mot, il ne peut disposer de son immeuble que sous la déduction des droits d'hypothèques qui le grèvent. L'aliénation d'un démembrement de propriété par le débiteur, postérieurement à l'hypothèque, doit donc être considérée comme non avenue toutes les fois que le droit

(1) Mourlon, t. III, page 611.

aliéné n'est pas susceptible d'être vendu aux enchères.

XI. II. — Mais que doit-on décider relativement aux baux consentis par le débiteur, soit depuis, soit avant l'inscription des hypothèques établies sur l'immeuble?

Cette question, très-débatue autrefois, est aujourd'hui définitivement tranchée par l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 23 mars 1855, prescrivant la transcription des baux dépassant une limite de dix-huit ans; seulement, une distinction est nécessaire.

S'agit-il d'un bail *transcrit*: avant l'inscription, il vaut contre le créancier, quelle que soit sa durée; c'est ce qui résulte du fait même de la transcription, qui l'a rendu valable, *erga omnes*.

Si, au contraire, le bail n'a été *transcrit* que depuis l'inscription, le créancier aura le droit de le faire réduire à une durée de dix-huit ans, terme après lequel il avait besoin de la transcription pour avoir force contre les tiers. Peu importe de savoir si le bail a été *passé* avant ou après l'inscription hypothécaire; cette question est actuellement secondaire, et c'est l'époque seule de la transcription qu'il faut examiner maintenant. Mais comment se régleront ces dix-huit années d'existence auxquelles on pourra limiter le bail? A partir de quelle époque commenceront-elles à courir? Faut-il raisonner ici par analogie avec l'art. 1429, et dire que les baux non

inscrits sont obligatoires pour les créanciers pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de dix-huit ans si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite, de manière que le fermier n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de dix-huit ans où il se trouve? ou bien faut-il dire que ces dix-huit ans commenceront à courir du jour où les créanciers hypothécaires intenteront les poursuites? C'est cette dernière opinion que l'on doit adopter, selon nous, car ce n'est que du jour où le créancier et le fermier se sont trouvés en présence, par suite des poursuites dirigées par le premier, que la nécessité de la transcription s'est faite sentir. Jusque-là, dans ses rapports avec le bailleur, peut importait au preneur d'avoir fait transcrire. La loi n'a pas voulu que le créancier ou l'acquéreur pussent être lésés par un bail d'une durée de plus de dix-huit ans dont ils n'avaient pas eu connaissance, mais elle n'a pas voulu non plus que le preneur pût être exposé à voir réduire au-dessous de dix-huit ans un bail sur lequel il comptait. Il a droit, lorsqu'il se trouve en présence du créancier hypothécaire, à dix-huit ans de jouissance; ces dix-huit années ne doivent donc courir que du jour où, par le commencement des poursuites, le créancier vient lui révéler la présence de sa créance.

Tout ce que nous venons de dire relativement aux baux peut et doit s'appliquer aux arrérages ou paiements anticipés faits par le preneur, ou à la cession faite par le débiteur de ses loyers ou fermages. Mais il faut également distinguer dans ce cas et dire : ces actes ont-ils été transcrits antérieurement aux créances hypothécaires? ils ont force à l'égard des créanciers, quelque long que soit le temps pour lequel est faite la cession de fermage, ou pendant lequel les paiements sont dits avoir été faits par anticipation; ils ont pu les connaître en temps utile et doivent les subir sans aucune restriction. Mais si la transcription n'existe pas ou est postérieure à l'inscription, les paiements seront censés n'avoir été faits que pour dix-huit ans, et les fermages cédés pour un temps égal.

XLIII. — Il est un autre cas où c'est une question que de savoir si le droit de suite accordé au créancier subsiste toujours. Voici ce cas : on s'est demandé si le créancier qui a une hypothèque générale, laquelle, à ce titre, s'étend à tous les biens présents et à venir du débiteur, peut, au préjudice du copermutant, faire valoir cette hypothèque tout à la fois et sur l'immeuble qui a originairement appartenu à son débiteur, mais qui a été échangé par celui-ci, et sur l'immeuble que ce dernier a reçu en contre-échange.

Voici quelle est sur ce point l'opinion de M. Grenier, opinion que nous adoptons sans restriction (1).

L'auteur distingue deux cas :

1° Celui où le créancier s'adresserait d'abord à l'immeuble que son débiteur a donné en échange;

2° Celui où il s'attaquerait d'abord à celui que le débiteur a reçu en contre-échange; et dans ce second cas il établit deux sous-distinctions, savoir : si l'immeuble reçu en contre-échange est d'une valeur inférieure, ou d'une valeur supérieure à l'autre immeuble.

« Au premier cas, dit-il, si le tiers détenteur à titre  
« d'échange n'a pas pris toutes les mesures propres à  
« purger les hypothèques qui portaient sur le fonds, il est  
« sensible que le tiers détenteur sera soumis à tout ce  
« qu'impose l'hypothèque et à toutes ses suites. Mais  
« aussi il est incontestable qu'il aura un recours à  
« exercer contre celui avec lequel il aura fait l'échange,  
« lequel recours pourra tendre à la résolution de cet  
« échange et à la revendication de l'immeuble qu'il  
« aura cédé (Code Nap., 1705). Au second cas, c'est-à-  
« dire si le créancier commence l'exercice de son hypo-  
« thèque sur l'immeuble reçu en contre-échange de son  
« débiteur, alors celui de qui provient cet immeuble doit

(1) Grenier, 1, n° 206.

« le vendre par la voie de la distraction, en délaissant  
« en remplacement celui qui lui aura été donné en  
« échange, et qui sera alors le seul qui demeurera frappé  
« d'hypothèque; mais je ne pense pas que l'hypothèque  
« puisse être consommée en résultat sur les deux héri-  
« tages simultanément. S'il en était autrement, on sent  
« que le créancier aurait une hypothèque double de celle  
« sur laquelle il a dû compter, et il l'aurait aux dépens  
« du tiers qui aurait donné son immeuble en contre-  
« échange, s'il ne pouvait conserver ni celui qu'il aurait  
« donné en échange, ni celui qu'il aurait reçu, *nemo jac-  
« tura alterius locupletari potest.* »

Toutefois, arrivant à la subdivision dont nous avons parlé, M. Grenier admet ce tempérament que « si l'héritage reçu en échange par le tiers est d'une valeur supérieure à celui donné par lui en contre-échange au débiteur, et que s'il y avait eu un retour payé par ce dernier, le créancier pourrait exercer, dans le cas dont il s'agit, son hypothèque sur l'immeuble qui se trouve entre les mains du tiers, jusqu'à concurrence de la plus-value; cette plus-value, pour laquelle il y aurait vente au moyen de la stipulation d'un retour d'échange, étant soumise à l'hypothèque.

XLIV. — Mais, toujours est-il qu'en principe, quelle que soit la solution que l'on donne aux questions dont nous

venons de parler, il demeure établi que l'hypothèque, une fois inscrite, suit l'immeuble grevé partout, et donne au créancier le droit de le faire vendre en justice, en quelques mains qu'il se trouve. Nous reviendrons plus tard sur les formalités que doit remplir le créancier pour réaliser son action hypothécaire et arriver à la vente de l'immeuble hypothéqué. Pour le moment, nous ferons seulement observer que cette action hypothécaire donne au créancier le droit de faire vendre *en justice* l'immeuble grevé; par conséquent, la clause qui, dans un acte constitutif d'hypothèque, porterait que, faute de paiement par le débiteur à l'expiration du terme, le créancier pourra vendre l'héritage hypothéqué, serait évidemment nulle. Il en serait ainsi, à plus forte raison encore, de la stipulation portant que le créancier pourra, si bon lui semble, garder la chose hypothéquée. L'art. 2078 interdit ces conventions même dans les simples contrats de gages de meubles, en ajoutant, après avoir déclaré que le gage serait vendu en justice, les mots suivants :

*Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage, ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle.*

Il est inutile de faire observer que ce qui est défendu par le Code, en matière de simple gage mobilier, ne saurait être raisonnablement admis en matière d'hypothèque

XLIV<sup>bis</sup>. — Il est évident qu'en déclarant que le créancier hypothécaire avait un droit de suite contre tout tiers détenteur, nous n'avons pas pu vouloir dire que ce tiers détenteur se trouvait obligé vis-à-vis du créancier hypothécaire. Cette idée, quoiqu'elle semble au premier abord résulter de la construction grammaticale de l'art. 2167, qui déclare que le tiers détenteur demeure, par le seul effet des inscriptions, *obligé* comme détenteur à toutes les dettes hypothécaires, cette idée n'a jamais été celle du législateur et ne peut être sérieusement soutenue, car il résulte évidemment des principes qui régissent la matière que le créancier n'a nullement à se préoccuper du tiers acquéreur; peu lui importe à qui l'immeuble appartienne; il a un droit dans cet immeuble, indépendamment du propriétaire, mais seulement un droit dans l'immeuble; et s'il s'adresse au tiers acquéreur, ce n'est pas parce que celui-ci est son débiteur, mais bien parce qu'il *détient* la chose sur laquelle il a des droits. Et cela est si vrai, qu'il est loisible au tiers détenteur, ainsi que nous le verrons plus tard, de se mettre hors de toutes poursuites en délaissant l'immeuble grevé.

Ce serait donc, sans aucun motif et contrairement à la loi, que le créancier hypothécaire d'une somme produisant intérêt viendrait, pour le paiement de ces intérêts échus, mettre une saisie-arrêt entre les mains des débi-

teurs du tiers détenteur de l'immeuble grevé, car il agirait ainsi envers ce tiers comme s'il se trouvait être son débiteur.

**XLV.** — Le détenteur a naturellement la faculté de jouir des termes et délais accordés au débiteur (art. 2167). Ce principe, en lui-même, est formel, et ne peut donner lieu à aucune discussion. Mais c'est une question intéressante que de savoir si le détenteur ne jouit du terme qu'autant que le débiteur en jouit lui-même. Ainsi, par exemple, Pierre est créancier de Paul pour une somme de 50,000 fr. exigible au 1<sup>er</sup> janvier 1860, et hypothéquée sur l'immeuble A. Paul vend cet immeuble à Jean; puis, en janvier 1859, il tombe en faillite, et, d'après l'art. 1188, est déchu du bénéfice du terme. Jean, tiers acquéreur, sera-t-il passible immédiatement de l'action hypothécaire, si mieux n'aime payer la dette? M. Delvincourt se décide pour l'affirmative sans hésitation, mais nous ne pouvons partager cette opinion.

L'acquéreur a dû, en effet, compter sur le terme qui était accordé au débiteur, et il ne peut pas être plus privé par la faute de celui-ci du bénéfice de ce terme, qu'un créancier solidaire ne serait privé, par la faillite de son codébiteur solidaire, de celui qui lui aurait été accordé à lui-même. Il est vrai que, dans le cas de faillite, en ce qui regarde les billets de commerce, ceux qui se sont

obligés en même temps que le failli doivent payer immédiatement ou fournir caution (art 448, C. C.) Mais, d'abord, cela est particulier au commerce, qui demande le plus de sûretés possibles; et en second lieu, notre décision s'accorde parfaitement avec cette disposition, puisque les créanciers hypothécaires ont dans leur hypothèque la sûreté que les créanciers d'un failli trouvent dans la caution que leur fournissent les autres signataires d'un effet de commerce. Vainement dirait-on que la vente que le débiteur a faite de l'immeuble se trouvera, de la sorte, les priver du droit de le faire vendre de suite; on répondrait que le droit hypothécaire se modifie selon qu'il est exercé contre le débiteur encore propriétaire des biens, ou contre les tiers. C'est ainsi que le bénéfice de discussion, refusé au créancier, est accordé à ces derniers.

Peu importe aussi que l'art. 2169 dise que tout créancier dont la créance est devenue exigible peut, à défaut de paiement, faire vendre l'immeuble sur le tiers détenteur un mois après commandement fait au débiteur, et sommation faite au tiers détenteur de payer ou de délaisser, et que la créance soit *devenue exigible* par la faillite du débiteur, car cela doit être entendu, quant au tiers détenteur, du cas où cette créance est devenue exigible par l'échéance du terme qui avait été accordé

au débiteur par le contrat, puisque le tiers détenteur jouit de ce terme d'après l'art. 2167, avec lequel doit être combiné l'art. 2169 qui y fait suite.

Ainsi donc, pour reprendre l'exemple que nous avons cité plus haut et y appliquer les principes que nous venons de développer, Pierre, créancier de Paul, pourra bien venir aussitôt l'ouverture de la faillite demander à être colloqué dans les deniers de cette faillite, mais il ne pourra agir contre Jean, tiers acquéreur au moyen de son action hypothécaire, qu'au 1<sup>er</sup> janvier 1860, date de l'exigibilité de sa créance.

XLVI. — Une autre faveur beaucoup plus importante, accordée par la loi au tiers détenteur d'un immeuble grevé d'hypothèque, consiste dans le bénéfice que l'on a appelé *bénéfice de discussion*.

« Néanmoins, porte l'art. 2170, le tiers détenteur qui  
« n'est pas personnellement obligé à la dette peut s'op-  
« poser à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été  
« transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothé-  
« qués à la même dette dans la possession du principal  
« ou des principaux obligés, et en requérir la discussion  
« préalable selon la forme exigée au titre du Cautionne-  
« ment. Pendant cette discussion, il est sursis à la vente  
« de l'héritage hypothéqué. »

L'hypothèque, dit M. Dalloz, n'est autre chose qu'un

cautionnement réel, et l'immeuble grevé remplit à l'égard du débiteur le même rôle qu'un fidéjusseur. Le législateur ne pouvait donc refuser au tiers détenteur l'exception de discussion qu'il accordait à la caution. Cependant la loi de brumaire an VII, sans doute pour donner plus de force à son système hypothécaire, avait cru devoir supprimer cette faveur accordée par notre ancien droit au tiers détenteur. Le Code Napoléon l'a rétablie, mais en la refusant contre le créancier privilégié ou ayant seulement une hypothèque spéciale sur l'immeuble.

XLVII. — Art. 2171. « L'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié, ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble. » Ce n'est donc que dans le cas où une hypothèque est générale que peut être opposé ce bénéfice de discussion. Mais cette restriction s'étendrait-elle au cas où un créancier a stipulé une hypothèque qui, à raison de l'insuffisance des biens actuels du débiteur, s'étendrait aussi sur les biens à venir au fur et à mesure des acquisitions, conformément à l'art. 2130, et quoique la discussion fût proposée à l'égard d'un immeuble acquis depuis le contrat constitutif d'hypothèque? Évidemment, oui; car toute hypothèque conventionnelle est, sous l'empire de notre Code, une hypothèque spéciale; et du moment qu'il est entré dans le patrimoine du débiteur, l'immeuble en question a été comme les autres spécialement

hypothéqué à la dette, et l'inscription l'a spécialement frappé.

XLVIII. — Du reste, tout tiers détenteur, quel que soit le titre en vertu duquel il possède, peut opposer au créancier le bénéfice de discussion. Peu importe qu'il soit acquéreur à titre onéreux ou à titre gratuit, acheteur ou donataire, il suffit qu'il ne soit pas personnellement tenu de la dette; car, dans ce cas, on conçoit qu'il se trouve, *ipso facto*, déchu de son exception. Que décider donc pour le cas où le tiers détenteur est un héritier ou un légataire universel du débiteur? Il est tenu, aux termes des articles 1009 et 1012, de contribuer aux dettes et charges de la succession; il est donc tenu *personnellement* des dettes du débiteur, et par là ne peut opposer au créancier le bénéfice de discussion pour l'obliger à faire vendre d'abord les autres biens hypothéqués à la même dette, et qui sont aux mains des autres héritiers. Car, nous dit Pothier (1), l'exception de discussion ne peut être opposée par ceux qui sont personnellement tenus de la dette pour quelque petite partie que ce soit.

Mais, si le légataire à titre universel ou l'héritier vient à payer la part et portion virile pour laquelle il était personnellement tenu, la prohibition qui pesait sur lui sera

(1) Pothier, *De l'hypothèque*, chap. II, sect. 1.

immédiatement levée, car alors il ne sera plus débiteur personnel du créancier, et dans ce cas nous n'hésiterions pas à lui accorder le bénéfice de discussion.

Il résulte du principe que nous posons tout à l'heure, que la caution devenue détenteur d'un immeuble sur lequel existe une hypothèque garantissant la dette qu'elle a cautionnée, ne peut invoquer le bénéfice de discussion; bien entendu que si cette caution était poursuivie personnellement, sur ses biens propres, au sujet de la dette par elle cautionnée, elle pourrait opposer au créancier le bénéfice de discussion qui compète aux cautions.

A plus forte raison, le tiers détenteur qui s'est substitué au créancier dans la dette hypothécaire par voie de novation ne peut invoquer l'exception dont nous nous occupons. Ces deux points ne nécessitent aucune explication.

**XLIX.** — Nous venons de voir quels étaient les créanciers qui pouvaient opposer le bénéfice de discussion. Disons un mot maintenant des limites dans lesquelles ils peuvent exercer ce droit, ou, en d'autres termes, des biens qui peuvent être ou ne peuvent pas être discutés.

En s'appuyant sur ces mots de l'art. 2170 : en possession du principal ou des principaux obligés, on s'est demandé si sous l'empire du Code, ainsi que cela existait sous la législation romaine, le tiers détenteur pouvait exi-

ger du créancier hypothécaire qu'il fit porter sa discussion sur les biens se trouvant entre les mains des fidéjusseurs. Nous ne le pensons pas, car les expressions de l'article que nous citons ne peuvent s'appliquer qu'aux débiteurs solidaires et nullement à des cautions. (Dalloz, *Hyp.*)

M. Troplong (1) est d'une opinion contraire.

« Il ne suffit pas, dit-il, de discuter le principal obligé,  
« on doit aussi discuter ses cautions, et même le certifi-  
« cateur de la caution, qui se sont obligés hypothécaire-  
« ment à la dette et qui sont en possession des immeubles  
« grevés d'hypothèque.

« C'est ce qu'enseignent Favre, Loyseau, Despeisses,  
« et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la Chambre de l'édit  
« de Castres du 11 septembre 1636, rapporté par ce der-  
« nier auteur.

« M. Dalloz voudrait que l'on suivit sous le Code Na-  
« poléon une opinion différente; il se fonde sur ces mots  
« de notre article : *dans la possession du principal ou des*  
« *principaux obligés*. Or, dit-il, ces expressions ne s'ap-  
« pliquent qu'à des débiteurs solidaires et non à des fidé-  
« jusseurs.

« Cette doctrine me parait inadmissible : la pensée du  
« législateur a été de faire porter les poursuites en pre-

(1) Tome 3, n° 800.

« mier ordre sur ceux qu'un lien personnel rend obligés  
« au créancier, afin d'épuiser les moyens de contrainte  
« sur les débiteurs qui, étant tenus en même temps *hy-*  
« *pothécairement et personnellement*, sont plus étroite-  
« ment engagés que ceux qui ne sont tenus que comme  
« tiers détenteurs. C'est dans ce sens que la loi entend  
« parler des principaux obligés. Elle met les tiers déten-  
« teurs en face des obligés personnels et hypothécaires,  
« et elle donne à ceux-ci la qualification d'obligés *princi-*  
« *paux*, parce qu'en effet le lien *principal* qui est le lien  
« *personnel* pèse sur eux, tandis que les autres n'ont  
« qu'une obligation accessoire comme tiers détenteurs.  
« C'est dans ce sens que la chose a toujours été com-  
« prise. Je lis dans les Prélections d'Huberus le passage  
« suivant, où l'on voit la qualification de débiteur princi-  
« pal donnée à la caution : *Si debitor ejusque hæredes non*  
« *extent priusquam tertius possessor excutiatur, fidejus-*  
« *sores conveniendi sunt, qui scilicet ut principales debito-*  
« *res sunt obligati, et actionem principalem participant.* »

Nous entendrions ces mots *principales debitores* autrement que M. Troplong, dit M. Dalloz (auquel nous empruntons cette discussion). Selon nous, Huberus ne dit pas que les fidéjusseurs sont des débiteurs principaux, mais seulement qu'à défaut du débiteur principal et de ses héritiers, le créancier doit s'en prendre aux fidéjus-

seurs parce qu'ils sont obligés comme les *débiteurs principaux* et qu'ils sont soumis à l'action *principale*, ce qui est parfaitement exact.

Quoi qu'il en soit de cette interprétation, le langage de la loi est plus précis que celui des praticiens, et l'on chercherait vainement dans notre Code une disposition où le débiteur principal, la caution et le certificateur de la caution fussent confondus sous l'expression commune de *principaux obligés* (1).

Pour ce qui est de l'opinion de Loyseau, Favre, etc., nous ferons observer que ces auteurs écrivaient sous l'inspiration du droit romain, et que la Nouvelle IV, chapitre 2, ayant accordé le droit de discussion contre la caution, l'opinion de ces auteurs ne peut plus avoir de force sous l'empire du droit qui nous régit aujourd'hui.

L. — Si les biens grevés appartenant à la caution ne peuvent pas être discutés, à plus forte raison ne peuvent pas l'être ceux appartenant à d'autres tiers acquéreurs ayant acheté ou reçu la propriété depuis une époque postérieure à celle où le tiers est devenu détenteur de l'immeuble poursuivi. Cet usage, né du droit romain, était encore, avant 1789, suivi sous la législation de quelques Coutumes, notamment celle de Normandie; mais aujour-

(1) Dalloz, 1917.

d'hui, sous l'empire du Code, il ne peut plus être soutenu.

LI. — En ce qui concerne les formalités à suivre lorsque le tiers détenteur oppose au créancier l'exception de discussion, il faut se reporter, nous dit le Code, au titre du Cautionnement. Ces mots doivent être pris dans un sens large, et non dans leur acception littérale; alors, en effet, dit M. Duranton (1), ces expressions ne signifieraient pas grand chose assurément, « car en les rapportant seulement aux formes prescrites pour la vente des biens dont la discussion serait requise, ce n'était pas seulement au titre du Cautionnement, mais bien au *Code de Procédure*, qu'il aurait fallu se référer, puisque le titre du Cautionnement ne contient pas ces formes. »

Ainsi, le tiers détenteur qui demande la discussion ne doit pas désigner d'immeubles litigieux, ni ceux dont le prix peut être absorbé par des créanciers spéciaux, antérieurement inscrits.

Il ne peut demander la discussion que s'il n'est pas établi d'une manière évidente que les biens discutés ne peuvent indemniser le créancier, et il doit avancer les deniers suffisants pour faire la discussion, mais seulement s'il est requis de faire cette avance.

LI<sup>bis</sup>. — Il est une autre faveur accordée par l'art. 2175

(1) Duranton, t. XX, n° 247.

au tiers détenteur, c'est celle qui consiste dans le droit de répéter les impenses et améliorations qu'il a faites au fonds hypothéqué jusqu'à concurrence de la plus-value résultant du fait de l'amélioration. Il est évident qu'il ne s'agit ici que des améliorations qui proviennent du fait du tiers détenteur, et que celles qui proviennent d'une cause naturelle, telle que l'alluvion, par exemple, ne peuvent donner au tiers droit à aucune répétition, et profitent seulement aux créanciers hypothécaires (1). Mais cette faveur ne peut, selon nous, constituer une exception profitable au tiers acquéreur.

En effet, pour que ce droit de répétition qui lui est accordé à raison des améliorations par lui faites au fonds grevé d'hypothèque puisse constituer une exception propre à écarter pour un temps les poursuites du créancier hypothécaire, il faut qu'il comporte le droit de rétention de l'immeuble jusqu'à parfait paiement, ou tout au moins, comme l'enseigne Pothier, qu'il donne au tiers le droit de contraindre le créancier hypothécaire à lui donner caution que l'héritage montera à un prix assez élevé pour assurer son paiement.

LI<sup>ter</sup>. — « Suivant les principes du droit romain, « nous dit Pothier (2), le détenteur n'était point obligé

(1) Loyseau, *Du Déguerpissement*, liv. 6, chap. 8, n° 1; Troplong, tom. III, n° 835.

(2) *De l'Hyp.*, chap. 2, § 1.

« à délaisser l'héritage, qu'on ne lui eût au préalable  
« remboursé non-seulement les impenses nécessaires, mais  
« même les utiles, avec cette seule différence, entre les  
« nécessaires et les utiles, que les dernières ne devaient  
« lui être remboursées que jusqu'à concurrence de ce que  
« l'héritage se trouvait plus précieux. C'est la décision de  
« la loi 29, § 2, *De Pign. et Hyp.* Loyseau prétend que  
« la loi 29 ne doit pas être suivie dans notre droit, et  
« que l'on doit seulement accorder au détenteur le droit  
« d'être payé à l'ordre des impenses nécessaires, par pri-  
« vilège, sur la plus-value du prix par rapport à ces im-  
« penses. »

En ne contredisant pas l'opinion émise par Loyseau, il semble que Pothier ait admis comme vraie l'opinion de ce jurisconsulte. C'est, croyons-nous, en effet, celle à laquelle il faut se ranger de préférence, surtout depuis la promulgation du Code Napoléon. M. Tarrible (Rép., v<sup>o</sup> Privilège de créances, section 4, § 5, n<sup>o</sup> 2) a essayé de soutenir que le tiers détenteur avait, sous l'empire de notre Code, un droit de rétention sur les immeubles grevés; mais cette opinion a été combattue par la majorité des auteurs (1). En effet, l'art. 2175 n'accorde nullement au tiers détenteur le droit de rétention. Or, quand

(1) Troplong, t. III, n<sup>o</sup> 836; Duranton, t. XX, n<sup>o</sup> 272; Grenier, t. II, n<sup>o</sup> 336; Persil, *Régime hyp.*, art. 2174, 2175, n<sup>o</sup> 6.

le législateur a eu l'intention d'accorder ce droit, il a exprimé formellement et expressément sa volonté, témoin les art. 867, 1673, 1749 du Code Napoléon. Fût-ce par omission de sa part que l'art. 2175 ne mentionne pas le droit de rétention accordé au détenteur, il est douteux que l'on pût suppléer ce droit de rétention, car il forme une sorte de privilège, et les privilèges sont de droit strict (*stricti juris*). Que sera-ce donc si l'on peut apporter quelque raison plausible à l'appui de la disposition de l'art. 2175? Et c'est ce que l'on peut faire, croyons-nous.

En accordant, en effet, le droit de rétention au tiers détenteur, on oblige le créancier hypothécaire à avancer la somme que le premier réclame pour ses impenses et améliorations. S'il n'a pas d'argent pour opérer ces avances, on le met dans l'impossibilité de faire valoir son droit hypothécaire. De plus, par cette exigence, on va directement contre l'objet de l'hypothèque, puisqu'on lui rend onéreuse une stipulation qu'il n'a faite que dans le but d'assurer et de faciliter son remboursement. Quel motif a-t-on, d'ailleurs, de préférer l'intérêt du tiers détenteur à celui du créancier hypothécaire? Ce devrait être tout le contraire; car le second avait des droits acquis avant le premier. On veut, par ce droit de rétention, rendre certain le paiement des impenses qui ont amélioré l'immeuble. Très-bien. Mais si le créancier paie le tiers

détenteur, il faudra à son tour qu'il soit remboursé par l'adjudicataire. Si le paiement est assuré, quel dommage éprouvera le tiers détenteur à attendre jusqu'à l'adjudication? S'il y a quelque risque à courir, pourquoi doit-il retomber plutôt sur le créancier hypothécaire que sur le tiers détenteur? Remarquons ici toute la différence qui existe entre le cas de l'art. 2175 et ceux des art. 867 et 1673 précités. Contre qui le droit de rétention est-il accordé par ces articles? Contre ceux-là mêmes qui sont débiteurs des impenses. On peut, dès-lors, leur dire avec justice : vous voulez la possession de l'immeuble, commencez donc par acquitter votre dette. Tandis que dans le cas prévu par l'art. 2185, le créancier, au contraire, ne profite en aucune façon des améliorations faites par le tiers détenteur.

Mais en refusant au tiers détenteur le droit de retenir l'immeuble jusqu'à répétition de ses impenses, il faut lui accorder le droit de se faire rembourser sur la plus-value offerte par le prix de l'adjudication; telle est l'opinion de M. Grenier et celle de M. Persil, qui soutient que le tiers a le droit de distraire du prix de l'immeuble la valeur des réparations. Mais il ne faut pas, avec ces auteurs, admettre que ce droit constitue un véritable privilège, car tous les privilèges sont de droit étroit, et il ne saurait en être établi aucun par analogie.

Si, comme nous venons de le dire, le tiers détenteur n'a pas le droit de rétention sur l'immeuble grevé pour assurer le paiement de ses impenses, peut-il au moins arrêter les poursuites du créancier jusqu'à ce que celui-ci lui ait donné caution pour sûreté de paiement de ses impenses? C'était, ainsi que nous l'avons dit plus haut, l'opinion de Pothier. « Comme il serait injuste, nous dit-il (1), que ce détenteur perdît ses impenses si les frais du décret absorbaient le prix de l'héritage, je pense que si le détenteur n'est pas condamné à lui rendre préalablement le prix de ses impenses, au moins il doit être condamné à lui donner caution que l'héritage montera à si haut prix, qu'il en sera payé sans encourir les risques d'aucun frais de saisie et de criées. »

Cette décision, qui est partagée par M. Troplong (2), ne saurait être admise, aujourd'hui qu'il n'est plus permis d'ajouter aucune disposition à la loi : de quel texte, en effet, ferait-on dériver l'obligation imposée au créancier de donner caution au tiers détenteur dans le cas dont il s'agit? Il y a plus, l'équité de cette disposition pourrait fort bien être contestée; on voudrait faire garantir par le créancier hypothécaire le paiement des améliorations faites

(1) *De l'hypoth.*, chap. 2, § 4.

(2) Troplong, III, n° 836.

à l'immeuble. Mais comment ce créancier pourra-t-il apprécier au juste la vraie valeur de l'immeuble? Comment pourra-t-on le rendre responsable de ce que, par des circonstances accidentelles, le prix ne se sera pas élevé aussi haut qu'il l'espérait? En poursuivant la vente de son gage, quel qu'il soit, il use du droit qui lui appartient; c'était au tiers acquéreur à prendre ses précautions et à aller au devant des résultats de l'hypothèque, en remplissant les formalités prescrites pour la purge (1).

La conclusion à tirer de ce que nous venons de dire, est donc que le droit de *répétition* accordé par l'art. 2175 au tiers détenteur ne crée aucune exception à son profit, mais donne lieu à une simple créance pour laquelle il a un droit de distraction sur le prix.

LI<sup>quater</sup>. — Il est une autre exception existant en faveur du tiers détenteur, exception qui n'est écrite nulle part dans le Code, mais qui découle évidemment des principes. On comprendra, par une hypothèse empruntée à M. Dalloz (2), ce que c'est que cette exception.

« Jacques est créancier de Jean d'une somme de  
« 10,000 fr. hypothéquée sur le domaine de ce dernier.  
« Jean vend à Pierre ce même domaine, et Pierre le revend

(1) Dalloz, n° 1051.

(2) Dalloz, n° 1065.

« à Paul. Pierre meurt, laissant Jacques pour héritier.  
« Jacques veut exercer contre Paul l'action hypothécaire.  
« Il sera déclaré non recevable, parce qu'étant tenu comme  
« héritier de Pierre à garantir Paul de tous troubles et  
« évictions, celui-ci pourrait lui répondre par la maxime  
« *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellat*  
« *exceptio.* »

## SECTION II.

### Du paiement des créances et du délaissement.

Sommaire. — N° LII. — *L'art. 2168 est mal rédigé, et devrait porter obligation pour le tiers de délaisser, si mieux n'aime payer, car le délaissement seul est in obligatione, et le paiement est in facultate.*

N° LIII. — *Pour éteindre l'hypothèque, l'acheteur doit payer toutes les créances in integrum.*

N° LIV. — *Si, n'étant acquéreur que d'une partie de l'immeuble, il paie toutes les dettes grevant cet immeuble, il est subrogé de plein droit (art. 1251) aux droits des créanciers. — Effet de cette subrogation.*

N° LV. — *En ce qui concerne les intérêts que doit payer le tiers, il faut rapprocher l'art. 2168 de l'art. 2151.*

N° LVI. — *En cas de vente faite à des tiers des biens du mari si la femme, postérieurement à cette vente, renonce, au profit d'un acquéreur, à son hypothèque, elle ne peut réclamer aux*

*autres acquéreurs la totalité des reprises qu'elle a à exercer sur les biens de son mari.*

**N<sup>o</sup> LVII.** — *Le tiers peut aussi payer jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble. — Dans ce cas, sera-t-il subrogé aux droits des créanciers qu'il a payés d'abord?*

**N<sup>o</sup> LVIII.** — *En quoi consiste le délaissement?*

**N<sup>o</sup> LIX.** — *Le tiers qui délaisse reste toujours, jusqu'à la vente, propriétaire de l'immeuble délaissé. — Conséquence.*

**N<sup>o</sup> LIX bis.** — *Que deviennent alors les droits réels par lui consentis sur l'immeuble? — Si la vente a lieu, ils sont censés n'avoir jamais existé à l'égard des créanciers, -- mais ils ont leur effet entre le tiers et ceux qui ont contracté avec lui.*

**N<sup>o</sup> LX.** — *Pour délaisser, il faut être capable. — On ne peut délaisser si l'on est obligé personnellement à la dette. — Le tiers qui, comme tiers, a payé une partie de la dette, peut toujours délaisser.*

**N<sup>o</sup> LXI.** — *Le détenteur ne peut délaisser si, étant acquéreur à titre onéreux, et n'ayant pas soldé le prix de son acquisition, ce prix est exigible et supérieur à la valeur de la chose vendue.*

**N<sup>o</sup> LXII.** — *Quid si le prix est payé? — ou si, n'étant pas payé, l'acquéreur a un terme pour le paiement? — Qui peut opposer cette déchéance?*

**N<sup>o</sup> XLIII.** — *Forme du délaissement. — Le délai de trente jours indiqué par l'art. 2169 est-il de rigueur ou comminatoire?*

**LII.** — *Ainsi que nous venons de le voir, en quelques mains que vienne à passer l'immeuble grevé, les créan-*

ciers hypothécaires ont toujours un droit sur cet immeuble. Quelles sont donc alors les ressources qui peuvent rester au tiers détenteur pour échapper à ce droit, pour se soustraire à la vente de sa propriété et se débarrasser de ces créances hypothécaires? C'est ce que nous allons examiner maintenant.

Le premier moyen que lui offre le Code est de purger les hypothèques inscrites sur son immeuble. Ce moyen devant faire l'objet d'une section spéciale, nous le laisserons de côté pour le moment.

Supposons donc un tiers détenteur ayant négligé ou n'ayant pas voulu purger. Que pourra-t-il faire, soit pour garder son immeuble, soit pour éviter les ennuis de l'expropriation forcée? Deux moyens s'offrent naturellement à lui. L'un consiste dans le paiement des créances hypothéquées sur l'héritage; l'autre dans le délaissement, dans l'abandon de l'immeuble aux créanciers. Ces deux moyens nous sont indiqués par le Code Napoléon, article 2168. Le tiers détenteur, y est-il dit, est tenu ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué sans aucune réserve.

Nous avons déjà dit plus haut que le tiers détenteur n'était pas obligé personnellement; il ne faut donc pas en conclure, comme le ferait croire cet art. 2168, que, par

suite de l'acquisition d'un immeuble grevé, le tiers se trouve obligé au paiement des dettes qui grèvent cette acquisition, qu'il soit, comme dit cet article, dans la nécessité de payer, et que ce soit faute de paiement qu'il est forcé, soit de délaisser l'immeuble, soit d'être exproprié. Cependant, cet avis a été soutenu par quelques jurisconsultes, et notamment par M. Grenier, qui prétend (1) que « la faculté de délaisser est un adoucissement  
« à la peine que prononce la loi contre l'acquéreur en  
« l'obligeant à payer toutes les créances inscrites, à  
« quelques sommes qu'elles puissent monter, lorsqu'il a  
« négligé les formalités qui lui sont prescrites (pour  
« purger). » Mais comment pourrait-on être obligé sans contrat ni quasi-contrat, et lorsque le débiteur ne se trouve pas être votre auteur? Quelle obligation, quel lien de droit a pu naître entre le créancier et le tiers détenteur qui s'ignorent complètement l'un et l'autre, qui jamais n'ont contracté ensemble. Le premier a simplement une action réelle sur la chose possédée pour arriver au recouvrement de sa créance; mais dans toute action réelle, la conclusion est dirigée sur la chose et nullement sur la personne. Aussi n'est-ce pas le paiement de la dette qui devrait être demandé au tiers détenteur, mais

(1) Grenier, *Hyp.*, t. II, p. 100.

bien seulement le délaissement de l'immeuble; car, encore une fois, pour réclamer le paiement il faudrait que le tiers fût obligé, et il ne l'est pas.

A la vérité, il peut échapper au délaissement en payant la totalité des dettes hypothéquées sur son immeuble; mais ce n'est qu'une faculté, qu'une tolérance qui lui est accordée par le législateur, ce n'est pas une obligation, et c'est à tort que l'art. 2167 déclare le tiers détenteur *obligé à payer*, si mieux n'aime délaisser; il aurait dû, au contraire, le déclarer obligé à délaissement, si mieux n'eût aimé payer. Car le délaissement seul est *in obligatione*, et le paiement est seulement *in facultate* (1). Du reste, cette discussion offre infiniment moins d'intérêt dans la pratique que dans la théorie.

LIII. — Ainsi que nous venons de le dire, le premier moyen qui se présente naturellement à l'esprit consiste à payer intégralement toutes les créances inscrites sur l'immeuble que l'on possède. C'est le moyen que le Code (confondant, comme nous l'avons fait observer, l'effet et la cause) nous donne, tout d'abord, dans l'art. 2168. Le tiers détenteur, y est-il dit, est tenu de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent se monter. Ce moyen est souvent le plus simple et

(1) Delvincourt, t. III, p. 370, n° 7.

le plus sûr. Si, en effet, il s'agit d'un acheteur, et que la valeur de l'immeuble et le prix d'acquisition se trouvent supérieurs au montant des sommes hypothéquées en payant purement et simplement toutes les créances, il se trouvera libéré envers son vendeur, au moins jusqu'à concurrence des sommes qu'il aura versées, et par suite du paiement tous les droits des créanciers hypothécaires sur son immeuble se trouveront éteints, l'obligation accessoire prenant toujours fin avec l'obligation principale.

LIV. — Si le tiers détenteur se trouve posséder seulement une fraction de l'immeuble grevé, si minime qu'elle soit, il aura souvent encore avantage à payer l'intégralité des créances; car il se trouvera subrogé de plein droit dans les droits du créancier (art. 1251, 3), et par suite de cette subrogation pourra exercer son recours soit contre le débiteur originaire s'il se trouve encore propriétaire de l'immeuble grevé, soit contre les tiers qui le détiennent si la propriété de cet immeuble a changé de mains.

On n'était pas d'accord autrefois sur le fait de savoir si cette subrogation des droits du créancier au tiers payant les sommes hypothéquées sur l'immeuble avait lieu de plein droit, et l'on conseillait généralement au tiers détenteur de ne payer qu'autant que le créancier lui cédait ses actions. Privilèges et hypothèques, c'est ce qu'on nom-

mais l'exception *calendarum actionum*. Mais en présence du Code Napoléon, qui dit (art. 1251) que la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter, la question ne peut pas être discutée avec succès. Et le tiers détenteur qui a payé peut donner suite aux actions du créancier, non-seulement contre le débiteur principal et ses cautions, mais même contre les autres détenteurs de biens soumis à l'hypothèque.

Si donc le débiteur ou ses cautions sont solvables, le tiers détenteur aura, s'il veut conserver l'immeuble, intérêt à payer la totalité des créances.

Mais comment les tiers détenteurs agiront-ils contre les autres détenteurs de biens grevés? Pourront-ils demander à chacun le total, ou bien seulement le prorata de ce que chacun d'eux possède d'immeubles hypothéqués à la dette?

Soit, par exemple, Paul ayant une hypothèque sur un fonds composé des trois parties A, B, C; le débiteur, propriétaire de ce fonds, le vend séparément à *Primus*, *Secundus* et *Tertius*. *Primus*, acquéreur de la partie A, paie à Paul la totalité de la dette; pourra-t-il actionner *Secundus* pour le total de la créance, ou seulement pour la quote part de celui-ci? Il ne le pourra, évidemment, que pour la quote part seulement; car, sans cela, *Secundus*, qui aurait

payé trop, pourrait à son tour agir de nouveau contre Primus; et grâce à ce circuit d'action, il n'y aurait pas de moyen de s'arrêter.

LV. — Jusqu'à concurrence de quelle valeur doit payer le tiers qui consent à payer pour libérer son immeuble? Il doit solder intégralement tous les capitaux et intérêts exigibles, nous répond l'art. 2168. A ce sujet, on s'est demandé s'il fallait prendre cet article à la lettre, ou appliquer au tiers détenteur le bénéfice de l'art. 2151, disant : « Le créancier inscrit pour un capital produisant intérêt « a droit d'être colloqué pour deux années seulement, et « pour l'année courante au même rang d'hypothèque que « pour son capital; » et admettre que dans le cas où plusieurs années d'intérêt se trouveraient échues, le détenteur ne serait obligé de payer que deux années et l'année courante, en tout trois années d'intérêt. M. Persil (1) et M. Grenier (2) ont soutenu tous les deux que la nécessité de maintenir et de conserver ces droits aux intérêts au-delà de trois années par l'inscription, n'existait qu'entre les créanciers et débiteurs, que l'art. 2151 s'appliquait uniquement à eux, que l'art. 2168 était formel, et qu'en conséquence les tiers détenteurs devaient payer

(1) Persil, *Hyp.*, sur l'art., 2151, n° 11.

(2) Grenier, t. I, n° 101.

la totalité des intérêts échus, alors même qu'il n'avait pas été pris inscription pour ces intérêts.

Nous ne saurions admettre cette opinion, et nous nous rangeons complètement à l'avis de M. Dalloz (1), qui pense que le tiers ne doit payer que les intérêts pour lesquels il a été pris hypothèque. En effet, ce n'est pas, nous l'avons déjà dit, et il ne faut pas l'oublier, ce n'est pas *personnellement* que le détenteur est engagé, c'est *uniquement comme bien tenant*; il doit simplement acquitter les charges existant sur l'immeuble. Or, d'après l'art. 2151, il n'y a d'intérêts ayant hypothèque de droit que ceux portant sur les trois années mentionnées par le Code, ou ceux que l'on a conservés par des inscriptions particulières. Hors de là, tous rentrent dans la masse des créances chirographaires; ces intérêts seuls obligent l'immeuble; ce sont donc les seuls que le détenteur soit obligé de payer.

LVI. — Si le créancier se trouve propriétaire d'une partie des héritages qui ont été affectés au paiement de la dette, il ne pourra pas dans ce cas, nonobstant l'art. 2168, réclamer l'intégralité de la créance : « Il faut nécessairement, dit M. Troplong (2), qu'il fasse confusion de la

(1) Dalloz, *Hyp.*, p. 402, n° 26, anc. éd.

(2) Troplong, n° 780, *Hyp.*

« dette au prorata de ce qu'il possède d'héritages qui y  
« sont hypothéqués. La raison en est simple : le tiers  
« détenteur, en payant le tout, est subrogé aux droits du  
« créancier; mais le créancier ne peut lui céder son hy-  
« pothèque sur le fonds qu'il détient, puisque par son fait  
« il l'a éteinte par la confusion; il a donc nui par là au  
« tiers détenteur. *Repellitur exceptio, quatenus nocuit*  
« *reo dum facto suo non potest ei cedere actiones quas*  
« *cedere debebat.* » (1)

Voici un autre cas où, par les mêmes motifs, le tiers détenteur peut éviter de payer la totalité.

Titia a une hypothèque générale sur les biens de son mari; celui-ci les vend à Primus, Secundus et Tertius, acquéreurs chacun d'un tiers. Titia renonce à son hypothèque en faveur de Primus et de Secundus, et vient actionner Tertius en délaissement ou en paiement de sa dot, montant à 30,000 fr. Si, au moment de l'acquisition, Titius savait que la renonciation à l'hypothèque légale avait eu lieu en faveur de Secundus et de Primus, il n'y a pas à sortir de la règle générale; mais si ce désistement n'a eu lieu qu'après la vente faite à Tertius, celui-ci est fondé à dire à Titia : en traitant avec votre mari, je m'attendais, au cas où je me trouverais poursuivi par vous, à

(1) Loyseau, liv. 2, chap. 8, n° 16.

être subrogé, après paiement, dans vos actions, et à avoir recours contre Primus pour 10,000 fr., et contre Secundus également pour 10,000 fr. Vous avez rendu cette subrogation impossible par votre fait; votre renonciation me prive de la faculté de me faire payer ces 20,000 fr.; je suis donc libéré en vous payant, ou plutôt ma part d'immeuble est libérée en vous payant un tiers, à savoir, 10,000 fr. (1).

Ainsi donc, en deux mots, pour nous résumer sur ce premier point, le tiers détenteur qui voudra échapper à l'action du créancier hypothécaire, et dégager son immeuble par le paiement des créances hypothéquées sur cet immeuble, devra payer l'intégralité de la dette, plus, si cette dette porte intérêts, trois années de ces intérêts seulement, quoique plusieurs années se trouvent échues, à moins que le créancier n'ait pris inscription pour les autres années d'intérêts échues, et cela sans autres exceptions que celles que nous avons mentionnées plus haut.

LVII. — Un second parti, que peut prendre le tiers détenteur pour se garantir de l'action des créanciers hypothécaires, consiste à les payer, mais seulement jusqu'à concurrence du prix d'acquisition. Ce système, qui re-

(1) Voir dans ce sens, Loiseau, liv. 2, chap. 8, n° 10; Dumoulin, *De usuris*, quest. 89, n° 680; Grenier, t. II, p. 75; Dalloz, *Hyp.*, p. 358, première édition.

garde seulement le tiers acquéreur à titre onéreux, ne peut être considéré que comme un terme moyen qui d'ailleurs ne mettra pas le détenteur à l'abri de toutes les poursuites. En effet, supposons Primus acquéreur pour 80,000 fr. d'un immeuble hypothéqué à Paul pour 40,000 fr., à Pierre pour 10,000, à Jean pour 10,000; quand il aura payé Paul et Pierre, premiers créanciers inscrits, l'hypothèque de Jean n'en subsistera pas moins, et celui-ci pourra venir à son tour le sommer de délaisser ou de payer, et le faire ensuite exproprier. Il est vrai que souvent cela n'aura lieu que si les créanciers non désintéressés espèrent, par la voie des enchères, obtenir un prix supérieur à celui payé par le tiers détenteur, car autrement ils n'ont aucun intérêt à le faire exproprier. En effet, le tiers qui a payé se trouve, comme nous l'avons dit plus haut, subrogé de plein droit aux créanciers désintéressés par lui (art. 1251, 3). Mais, à quoi peut lui servir d'être ainsi subrogé? Car la subrogation ne peut avoir d'utilité que pour ceux qui ont un recours à exercer. Or, dans ce cas, le détenteur ne peut en avoir, puisque le prix par lui payé aux créanciers pour le compte de son vendeur était dû par lui à ce vendeur; et que d'ailleurs, on ne peut admettre qu'il puisse acquérir une hypothèque sur un immeuble qui lui appartient. Nous répondrons à ces objections que la subrogation, inutile tant

qu'il conserve l'immeuble, reprend toute sa force quand le détenteur vient à être exproprié de cet immeuble par les créanciers. Si cette subrogation n'avait pas lieu, examinons comment les choses se passeraient, et ce qui arriverait en effet. Une fois l'expropriation consommée, le prix provenant de la vente de l'immeuble serait distribué tout d'abord aux créanciers qui n'auraient pas été payés, jusqu'à concurrence de leurs créances. Le reliquat, s'il y en avait, appartiendrait au tiers détenteur, qui se trouverait ainsi privé de son immeuble et en perte d'une partie de son prix d'acquisition. Sa position serait donc pire que s'il avait délaissé simplement sans rembourser une partie des créanciers. Il est vrai qu'il aura son recours contre le vendeur. Mais si ce vendeur est insolvable, et c'est généralement le cas, ce recours sera complètement illusoire. Avec la subrogation, au contraire, il peut invoquer les hypothèques des créanciers premiers inscrits par lui désintéressés (hypothèques qui pourront exister en sa faveur, car par suite de l'expropriation, l'immeuble est censé ne lui avoir jamais appartenu), et il pourra ainsi se rembourser de ce qu'il aura payé par préférence aux autres créanciers. Grâce à cette subrogation, le tiers détenteur qui emploiera le moyen dont nous venons de parler pourra éviter la lésion. Mais nous le répétons, ce n'est qu'un moyen terme qui ne le met nulle-

ment à l'abri des poursuites hypothécaires que l'on peut diriger contre son immeuble.

LVIII. — Ainsi que nous le savons déjà, la sanction du droit que les créanciers ont sur les immeubles grevés consiste dans la faculté de faire vendre ces immeubles si le débiteur ou le tiers détenteur ne paient pas, et de se faire colloquer sur le prix. Ils arrivent à ce résultat par la voie de l'expropriation forcée. Mais le tiers détenteur qui ne veut ni payer les dettes de son vendeur, ni s'embarasser de tous les ennuis d'une procédure en expropriation, peut alors adopter la voie de délaissement, qui est un second moyen de le mettre à l'abri des poursuites des créanciers hypothécaires. Le fait de délaisser un immeuble sur lequel des créanciers hypothécaires viennent réclamer le montant de leurs créances, est uniquement une sorte de mise hors de cause établie en faveur du tiers détenteur. Comme nous l'avons vu, il n'est nullement, en thèse générale du moins, obligé personnellement; s'il a quelque chose à démêler avec les créanciers, c'est uniquement comme propriétaire d'un immeuble sur lequel ceux-ci ont des droits acquis. Ils n'ont rien à lui réclamer à lui détenteur; c'est uniquement sa chose qui leur est obligée. Il était donc naturel de lui permettre de leur dire : Vous avez des droits à exercer sur un immeuble qui m'appartient, soit. Voici cet immeuble que je

vous abandonne. Exercez vos poursuites sur lui comme vous l'entendrez. Cela ne me regarde plus. C'est en effet ce que la loi l'a autorisé à faire, et c'est ce qui constitue l'opération du délaissement. Le délaissement est donc le droit qu'a le tiers détenteur d'abandonner la possession de l'immeuble grevé pour se soustraire aux poursuites des créanciers hypothécaires, qui procèdent alors contre un curateur à l'expropriation de cet immeuble.

LIX. — Mais, par suite du délaissement, le tiers détenteur n'abdique nullement sa qualité de propriétaire; c'est simplement, je le répète, une tolérance de la loi, qui lui permet de se mettre hors de cause dans toutes les poursuites exercées par les créanciers. « Il ne faut pas  
« trouver mauvais, dit Loyseau, que le décret ne se pour-  
« suive pas sur celui qui a fait le délaissement de l'héri-  
« tage, encore qu'il en demeure toujours *seigneur*, mais  
« sur le curateur des biens vacants; car cela se fait à  
« l'exemple de la cession des biens, où il a été ordonné  
« que la vente se ferait sous le nom d'un curateur ou  
« *magister bonorum*. » (1)

Le délaissant, comme dans le cas de cession de biens, reste donc toujours propriétaire, seigneur, comme dit Loyseau, tant que l'immeuble n'a pas été définitivement

(1) Loyseau, liv. 6, ch. 7, n° 5.

exproprié. De là résultent plusieurs conséquences que nous allons passer succinctement en revue.

1<sup>o</sup> D'abord le détenteur peut, jusqu'à l'adjudication définitive, reprendre l'immeuble en désintéressant les créanciers (2174).

En effet, à quoi est-il obligé? A abandonner son domaine aux créanciers hypothécaires, si mieux n'aime payer les créances, à la sûreté desquelles ledit domaine a été affecté. Aussi longtemps donc que la propriété de cet immeuble lui reste, il peut le libérer en désintéressant toutes les personnes qui ont des droits sur lui. A quoi peuvent-elles prétendre? Uniquement au paiement de leurs créances. Dès que ces créances sont payées, tous leurs droits s'éteignent, et l'immeuble fait retour au propriétaire, sauf les frais de délaissement qui naturellement incombent à sa charge, car ces frais ont été uniquement faits par lui et pour lui. Il lui était aussi facile de payer tout d'abord les créanciers, et l'on ne peut rendre ceux-ci responsables des tergiversations des tiers détenteurs.

2<sup>o</sup> En second lieu, si l'immeuble périt, il périt pour le compte du tiers détenteur, *res perit domino*. C'est un point qui ne doit pas même faire l'objet d'une démonstration. Si donc le tiers acquéreur n'avait pas encore payé son prix d'acquisition, prix qui se serait trouvé soldé en partie ou en tout, par suite du paiement des créanciers

hypothécaires lors de l'expropriation, le tiers se trouvera débiteur de l'intégralité du prix. Bien entendu que, n'étant personnellement pas obligé envers les créanciers, la perte de la chose le libérera à leur égard.

3° Toujours, par suite de sa qualité de propriétaire, qu'il ne perd pas par le délaissement, le tiers détenteur, dans le cas où le prix d'adjudication se trouvera supérieur au montant des créances, se verra colloqué pour le reliquat du prix restant après toutes les dettes hypothécaires payées.

4° Le délaissement ne peut être l'objet que d'un droit fixe de 5 francs et non d'un droit de mutation (1).

LIX<sup>bis</sup> — 5° Enfin, le délaissant peut, jusqu'au moment de l'adjudication définitive, vendre l'immeuble grevé, consentir sur lui des hypothèques pour la sûreté de ses créances personnelles; et celles qui auront été prises en vertu d'un jugement ou de la loi auront également force sur l'immeuble délaissé.

A plus forte raison seront valables les hypothèques qui, du chef du tiers détenteur, étaient venues grever l'immeuble avant l'époque où celui-ci a été délaissé.

On a fait à cette opinion l'objection suivante : tous ceux qui n'ont sur un immeuble qu'une propriété réso-

(1) Loi du 22 frim. an VII, art. 68.

luble dans certains cas ou sujette à rescision, ne peuvent consentir sur cet immeuble qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision (art. 2125). Or, l'expropriation constitue une éviction dont le résultat est de faire considérer le détenteur comme n'ayant jamais été propriétaire; cela est si vrai, que l'art. 2177 nous dit que les servitudes et droits réels que le tiers avait primitivement sur l'immeuble revivent après l'adjudication faite sur lui. Ce qui ne pourrait avoir lieu s'il avait été propriétaire, puisque dans ce cas la confusion aurait éteint ces droits réels. Comment donc, s'il n'était pas propriétaire, s'il n'avait au moins qu'une propriété rescindable, admettre, avec la fin de ce même art. 2177, qu'il ait pu consentir des hypothèques valables sur l'immeuble par lui détenu? Nous ne saurions partager ces raisons, spécieuses il est vrai, mais purement spécieuses; car dans ce cas il est faux de dire que le droit de propriété est résolu *in extenso*, il n'est résolu que dans l'intérêt des créanciers hypothécaires antérieurs à l'acquisition; et partant, il n'est résolu que jusqu'à concurrence du droit antérieur des créanciers auxquels on a délaissé l'immeuble. Donc, le tiers détenteur est resté, jusqu'au moment où l'expropriation a été consommée, propriétaire envers tous autres; ce n'est donc pas là le cas de rescision prévu par l'art. 2125 : il s'agit non d'une rescision

*erga omnes*, mais seulement d'une rescision vis-à-vis certains individus et jusqu'à certain point. Déduction faite de la part de propriété qui revient aux créanciers, il est donc loisible aux tiers de consentir valablement hypothèque sur les biens par eux détenus et délaissés. C'est, du reste, ce que nous dit formellement l'art. 2177 *in fine*, portant que les créanciers personnels du détenteur exercent leurs hypothèques à leur rang sur le bien délaissé ou adjudgé après tous ceux qui sont inscrits contre les précédents propriétaires. Soit Titius détenteur d'un immeuble hypothéqué jusqu'à concurrence de 35,000 fr. Il consent sur cet immeuble pour 15,000 fr. d'hypothèques. L'immeuble, sur les poursuites des premiers créanciers, est délaissé, puis vendu 55,000 fr. Les créanciers des propriétaires antérieurs à Titius seront d'abord colloqués pour 35,000 fr., puis ceux de Titius le seront pour 15,000 fr., et les 5,000 fr. restant appartiendront à celui-ci, s'il n'a pas d'autres créanciers.

LX. — Après avoir vu quels sont les principaux effets et les principaux caractères du délaissement, nous allons parler brièvement des conditions nécessaires pour pouvoir délaisser un immeuble grevé dont on est tiers détenteur.

La première qualité requise pour cela, c'est évidemment d'être capable d'aliéner. Le délaissement peut être

fait, nous dit l'art. 2172, par les tiers ayant la capacité d'aliéner.

Il suit de là qu'il ne pourra être procédé au délaissement par un mineur ou par une femme mariée non autorisée. Mais le tuteur pourra délaisser, en suivant les formalités qui sont prescrites pour l'aliénation des immeubles appartenant à un mineur (art. 457, 458, C. N.), et la simple autorisation du mari permettra à la femme le délaissement hypothécaire. La seconde qualité nécessaire pour délaisser est de ne pas être personnellement obligé à la dette. On conçoit, en effet, que cette tolérance, cette faculté accordée uniquement au tiers détenteur, qui n'est pour rien dans les obligations du débiteur, doit lui être refusée dès que, soit par lui-même, soit par son auteur, il se trouve personnellement obligé envers les créanciers hypothécaires.

Du reste, pour ce qui est de l'application de ce principe, nous nous reportons à ce que nous avons dit plus haut sur le même sujet, relativement aux tiers qui pouvaient ou ne pouvaient pas, à raison de leurs obligations personnelles, opposer au créancier le bénéfice de discussion.

Bien entendu que le tiers détenteur qui a payé une partie de la dette hypothécaire n'est pas pour cela déchu du droit qu'il avait de délaisser l'immeuble grevé, quand,

avant ce paiement, il n'était pas personnellement tenu de la dette. Car, en faisant ce paiement, le tiers détenteur avait un intérêt assez marqué pour que l'on ne puisse pas croire qu'il a payé comme se regardant tenu de la dette. Il affranchissait d'autant sa propriété. C'est pourquoi aussi, de ce que l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué, au service d'une rente perpétuelle ou viagère, a payé les intérêts pendant une ou plusieurs années, mais toujours en sa seule qualité de détenteur, il serait faux de le croire pour cela privé du droit de pouvoir délaisser l'immeuble dans le but de se dispenser de faire à l'avenir le service de cette rente, à moins toutefois que l'immeuble ne lui ait été transmis à charge de servir la rente, ou que depuis il ne s'y soit engagé expressément vis-à-vis du créancier. Car, dans ces deux cas, il perd le droit de délaisser, mais il ne le perd qu'à raison d'une stipulation spéciale.

LXI. — Il est un cas où même le détenteur qui n'est pas engagé personnellement au paiement de la dette se voit pourtant déchu de la faculté de délaissement qui lui est accordée par l'art. 2178 : c'est lorsque le tiers détenteur que poursuivent les créanciers hypothécaires est un acquéreur et se trouve débiteur envers son vendeur du prix de cession, et que ce prix est supérieur au montant des créances.

On conçoit aisément pourquoi, dans ce cas, le droit de délaissement est refusé au tiers acquéreur. Supposons, en effet, Primus ayant acheté de Secundus l'immeuble A pour un prix de 100,000 fr. : cet immeuble est hypothéqué à Tertius pour 80,000 fr. ; celui-ci poursuit Primus, tiers acquéreur, qui, réfléchissant que, en définitive, il a fait un mauvais marché et payé trop cher l'immeuble qu'il a acheté, préfère, au lieu de payer les 80,000 fr. à Tertius et de donner à Secundus les 20,000 fr. dont il lui serait demeuré redevable, délaisser l'immeuble ; puis revient s'adresser à Primus, par l'action en garantie que lui donne le fait du délaissement, pour se faire rembourser par celui-ci les frais et loyaux coûts du contrat.

Si le délaissement n'avait pas été refusé, dans ce cas, au tiers acquéreur, il en serait résulté cette conséquence, à savoir, qu'il eût dépendu uniquement d'une seule des parties d'annuler à son gré un contrat synallagmatique, conséquence qui eût été contraire à tous les principes de notre jurisprudence. Par le même motif, nous ne croyons pas qu'un tiers détenteur qui n'est pas poursuivi, auquel les créanciers du débiteur ne demandent rien, puisse, même quand les créances de ceux-ci sont devenues exigibles, délaisser l'immeuble ; son vendeur serait fondé à venir lui dire : Pourquoi avez-vous procédé au délaissement quand rien ne vous y forçait ? Je n'attendais que le

commandement des créanciers hypothécaires pour solder l'intégralité de leurs créances, c'est donc par votre faute que votre héritage a été vendu. Je ne suis nullement tenu à la garantie dans ce cas.

LXII. — Bien entendu que si le tiers détenteur a payé le prix par lui dû au vendeur, il a, dans tous les cas, droit à l'action en garantie à raison du fait de délaissement de l'immeuble vendu, et est parfaitement fondé à procéder à ce délaissement. Mais la question est plus douteuse si, le prix n'étant pas payé et le tiers détenteur ayant un terme pour le paiement, les créanciers hypothécaires viennent à le poursuivre avant l'expiration du terme. Nous n'hésitons pas à déclarer que, dans ce cas, l'acquéreur aura la faculté de délaisser, quand bien même le prix stipulé serait supérieur au montant de la dette hypothécaire. Car alors il y a par le fait du vendeur un préjudice causé au tiers acquéreur, préjudice qu'il n'est pas obligé de supporter. Sans doute, il peut payer les créanciers, puisque son prix d'acquisition est supérieur au *quantum* de leurs créances, mais pour opérer ce paiement il est forcé de renoncer au bénéfice d'un terme sur lequel il comptait, et il peut pour lui en résulter un dommage.

Dans le cas où le tiers sera déchu du droit de délaissement, qui pourra lui opposer cette déchéance ?

Le vendeur, avec qui il a contracté? Évidemment, oui. Mais il semble non moins évident que les créanciers ne seront pas recevables à lui opposer cette exception; ils n'ont pas, eux, traité avec l'acquéreur, ni directement ni indirectement. De quel droit donc viendraient-ils lui opposer un contrat auquel ils n'ont participé à aucun titre? Et d'ailleurs, quel intérêt pourraient-ils avoir à faire refuser au tiers le droit de délaissement qui lui appartient?

LXIII. — Dans quelle forme doit avoir lieu le délaissement? Par une déclaration faite au greffe du tribunal de la situation des biens, nous répond l'art. 2174.

Mais nous venons de dire que le délaissement ne pouvait avoir lieu que lorsque les créanciers avaient fait au tiers détenteur sommation de payer ou de délaisser. L'article 2169 nous dit que, faute au tiers de satisfaire pleinement à une de ces deux obligations, les créanciers pourront, trente jours après cette sommation, faire procéder à la vente de l'immeuble.

Faut-il conclure de cet article que le tiers détenteur n'a que trente jours pour procéder au délaissement? En d'autres termes, ce délai est-il de rigueur ou simplement comminatoire? le tiers détenteur, après le délai expiré, est-il encore à temps de faire le délaissement de l'immeuble? Nous inclinons à le penser si les pour-

suites en expropriation ne sont pas encore commencées. L'art. 2169, en effet, sur lequel on voudrait se fonder pour prétendre que le délaissement doit intervenir dans les trente jours de la sommation, ne dit rien de semblable. Il ne s'occupe que de préciser l'époque à partir de laquelle le créancier hypothécaire peut procéder à la vente; mais il ne dit point que passé cette époque le tiers détenteur ne sera plus admis à délaisser, ce qui eût été indispensable, cependant, pour lui enlever cette faculté. Il faudrait donc un texte formel, précis, qui n'existe point, et dont l'absence est d'autant plus significative que, lorsqu'il s'agit de la purge imposée au tiers détenteur qui veut se garantir des poursuites des créanciers inscrits, l'art. 2183 l'oblige à notifier son titre, soit avant les poursuites, soit dans le mois au plus tard qui suit la première sommation qui lui est faite. La preuve d'ailleurs que le législateur n'a point voulu obliger le détenteur à opérer le délaissement dans un délai rigoureusement déterminé, résulte en termes directs de l'art. 2173. Cet article, en effet, permet le délaissement, même après que le tiers détenteur a reconnu l'obligation ou subi un jugement en cette qualité seulement. Or, il peut arriver que le jugement qui condamne le tiers détenteur ne soit rendu qu'après l'expiration des trente jours à partir de la sommation, et dans ce cas il faut bien reconnaître, ou

que le délai de trente jours n'est pas fatal, ou que l'article 2173 ne présente aucun sens raisonnable (1).

Mais le délaissement peut-il avoir lieu même après les poursuites en expropriation commencées? Nous ne le pensons pas, car ce serait soumettre les créanciers à des frais considérables faits inutilement, et entraver l'exercice de leurs droits en les obligeant à recommencer contre un curateur les poursuites dirigées d'abord contre le tiers détenteur.

Le tribunal doit donner acte du délaissement; cet acte n'est autre chose qu'un jugement rendu sur requête. Mais, dit M. Duranton (2), puisque le débiteur, pour pouvoir délaisser, doit remplir certaines conditions, l'on sent que ceux qui peuvent avoir intérêt à ce que le tribunal ne donne pas acte du délaissement doivent être informés de ce délaissement au moyen d'une notification faite par celui qui délaisse; en conséquence, le tiers détenteur devra le notifier au vendeur et aux créanciers inscrits avant le jugement, et le tribunal devrait même surseoir à donner acte tant que cette notification n'aurait pas eu lieu et qu'il ne lui en serait pas justifié.

(1) Nous empruntons littéralement ces lignes à M. Dalloz, n° 1869.

(2) Duranton, t. XX, n° 265.

SECTION III.

**De la purge, et subsidiairement de l'expropriation forcée.**

Sommaire. — N° LXIV. — *En quoi consiste la purge? — Généralités. — Pouvait-on, sous la loi du 11 brumaire an VII, payer les créanciers à terme ou conditionnels?*

N° LXV. — *Formalités que doit remplir le détenteur qui désire purger.*

N° LXVI. — *Délai accordé aux créanciers pour accepter le paiement ou requérir la revente. — Cette réquisition de revente fait-elle perdre au tiers détenteur sa qualité de propriétaire?*

N° LXVII. — *De la purge des hypothèques légales.*

N° LXVIII. — *De l'expropriation.*

LXIV. — Nous avons dit précédemment que le tiers détenteur d'un immeuble grevé avait, indépendamment du paiement des créances hypothécaires et du délaissement, un autre moyen pour échapper aux poursuites des créanciers. Il est, en effet, possible que d'une part le détenteur tiennne beaucoup à conserver l'immeuble dont il est devenu propriétaire, et que, partant, il ne veuille pas se résoudre soit à délaisser cet immeuble, soit à se laisser exproprier; et, d'autre part, que les créances hypothécaires atteignent un chiffre hors de toute proportion avec la valeur de la

propriété, de telle sorte qu'il ne puisse pas ou ne veuille pas les payer toutes. Que fera-t-il donc alors? Attendra-t-il que les créanciers l'exproprient? Mais leurs créances peuvent ne pas être exigibles, et dans ce cas il lui faudra attendre plusieurs années avant de voir se modifier sa position précaire; et d'ailleurs, comme je l'ai dit, il tient peut-être beaucoup à la conservation de l'immeuble. C'est alors qu'il peut avoir recours au troisième moyen que nous avons indiqué comme étant mis à sa disposition par la loi, à la purge des hypothèques.

Ce chapitre pourrait à lui seul offrir un sujet de thèse; aussi n'avons-nous pas la prétention d'approfondir cette matière. Mais pourtant, comme le sujet que nous traitons ne serait pas complet si nous ne parlions pas, au moins en quelques mots, de la purge des hypothèques, nous croyons devoir dire *brièvement* en quoi elle consiste; mais encore une fois, nous le répétons, sans prétendre donner ici un traité, non pas approfondi, mais même sommaire de la matière, nous emprunterons du reste la majeure partie de ce que nous allons dire aux Répétitions écrites de M. Mourlon.

Voici en quoi consiste la purge : Une fois propriétaire, la loi vient au secours du tiers détenteur, et lui permet de dire aux créanciers hypothécaires : J'ai acquis cet immeuble moyennant un prix de....., ou j'estime (si c'est

un acquéreur à titre gratuit) que cet immeuble vaut une somme de.....; je vais vous compter cette somme, et toutes les créances hypothécaires existant sur mon immeuble se trouveront éteintes.

On conçoit que les créanciers ne sont pas tenus d'accepter les offres du tiers acquéreur; s'il en était ainsi, il deviendrait trop facile de rendre leur droit, un droit purement illusoire. Ils peuvent donc refuser de recevoir le paiement, s'il est inférieur au montant des créances inscrites; et alors, l'immeuble sera immédiatement vendu aux enchères, quand bien même les dettes garanties par les hypothèques ne seraient pas encore exigibles. Mais, comme il fallait aussi protéger le tiers détenteur contre les créanciers, ceux-ci, dans le cas où ils refusent les offres de l'acquéreur, doivent s'engager à faire porter ou à porter le prix de l'adjudication à un dixième en sus de la somme offerte; si l'enchère ne couvre pas le dixième en sus, ce sont les créanciers qui restent adjudicataires.

Il arrivera donc ceci : si la somme offerte par le tiers détenteur est supérieure ou égale au montant des créances, les créanciers accepteront toujours le remboursement. Ils n'ont, dans ce cas, aucun intérêt à le refuser. Si, au contraire, la somme offerte est inférieure aux créances, il peut se présenter deux hypothèses : ou bien la somme offerte, bien qu'inférieure aux créances, est supérieure ou

égale à la valeur de l'immeuble, ou bien elle est inférieure. Dans la première de ces deux hypothèses, les créanciers accepteraient évidemment encore le remboursement. Quel intérêt auraient-ils à agir différemment? Leur hypothèque leur donne le droit de faire vendre en justice l'immeuble grevé; mais on leur offre un prix certainement égal, peut-être même supérieur à celui qu'ils eussent pu obtenir par l'adjudication. Cette adjudication, qui entraînerait forcément des frais considérables, ne pourrait donc que leur être défavorable.

Dans la seconde de nos hypothèses, si l'immeuble a une valeur supérieure à la somme offerte, alors les créanciers auront avantage à refuser cette somme; et dans ce cas, il sera, comme je l'ai dit, procédé à une adjudication qui ne porte en rien atteinte aux droits du créancier, et qui est favorable au tiers en ce qu'elle lui permet de sortir immédiatement d'une situation précaire.

« Les choses ne se passaient pas ainsi sous la loi du  
« 11 brumaire an VII : le détenteur devait attendre l'ar-  
« rivée du terme ou de la condition pour payer les dettes  
« dont le terme n'était pas encore échu, ou la condition  
« réalisée. La purge pouvait donc être arrêtée pendant  
« un grand nombre d'années; de là, une entrave à la cir-  
« culation des biens. C'est pour remédier à cet inconvé-  
« nient que le Code autorise le détenteur à offrir de payer

« toutes les créances exigibles ou non. Les créanciers  
« conditionnels sont provisoirement colloqués à leur ordre,  
« les fonds afférents à leur créance sont payés aux créan-  
« ciers postérieurs en ordre, qui les reçoivent sous la  
« condition de les restituer aux créanciers conditionnels  
« si la condition se réalise. Quant aux créanciers à terme,  
« ils sont payés immédiatement comme les créanciers  
« dont la créance est exigible.

« Ce système est incontestablement plus utile et sur-  
« tout plus pratique que celui que l'on suivait sous l'em-  
« pire de la loi du 11 brumaire, mais il est moins équi-  
« table, et d'abord il fait perdre au débiteur le bénéfice  
« du terme. En outre, les créanciers à terme, dont la  
« créance n'était pas productive d'intérêts, vont, par ce  
« paiement immédiat, gagner peut-être dix, douze ou  
« quinze années d'intérêts, au grand préjudice des créan-  
« ciers postérieurs en ordre, car le débiteur retirerait  
« peut-être de ces sommes, si elles n'étaient pas rem-  
« boursées avant le terme, des intérêts suffisants pour les  
« désintéresser (1).

LXV. — Quelles sont les formalités que le tiers déten-  
teur doit remplir pour arriver à purger son immeuble?  
C'est ce que nous allons examiner rapidement.

(1) Mourlon, page 627.

Il doit 1<sup>o</sup> faire opérer la transcription de son titre. Cette prescription de la transcription, spéciale autrefois pour la purge, est devenue générale aujourd'hui. Nous ne rentrerons sur ce point dans aucuns nouveaux détails, et nous nous en référerons à ce que nous avons déjà dit précédemment sur ce sujet.

2<sup>o</sup> Notifier aux créanciers un exploit contenant :

1<sup>o</sup> Extrait de son titre indiquant seulement la date et la qualité de l'acte, le nom et la désignation précise du vendeur ou du donateur, la nature et la situation de la chose vendue ou donnée, et, s'il s'agit d'un corps de biens, la désignation seulement du domaine et des arrondissements dans lesquels il est situé; le prix de la vente ou les conditions de la donation (art. 2183);

2<sup>o</sup> Extrait de la transcription (c'est certificat que la loi aurait dû dire) (art. 2183);

3<sup>o</sup> Tableau, sur trois colonnes, contenant la date des hypothèques et celles des inscriptions; le nom des créanciers et le montant des créances.

Ces notifications doivent être faites à la personne ou au domicile des créanciers, et au plus tard dans le mois qui suivra la sommation faite au débiteur de payer ou de délaisser. Ce délai est ici de rigueur et non comminatoire comme dans le cas où il s'agit du délaissement, cas dont

nous avons parlé plus haut. Mais le débiteur peut faire opérer les notifications dont nous parlons avant tout commencement de poursuites; sans cela, la purge eût été illusoire. Cette notification faite aux créanciers rend le tiers détenteur obligé personnellement à leur payer la somme proposée, et cela quand bien même ils n'ont pas encore fait connaître le résultat de leur délibération, et fait savoir s'ils acquiescent ou non aux propositions qui leur sont faites du chef du tiers acquéreur.

LXVI. — La loi leur accorde, pour se décider, un délai de quarante jours (art. 2185) à partir de celui où la notification leur a été faite, délai augmenté de deux jours par cinq myriamètres de distance, existant entre le domicile du tiers détenteur et celui du créancier.

S'ils se décident à accepter les offres du détenteur ou s'ils laissent s'écouler le délai fixé par l'art. 2185 sans répondre à la notification à eux faite par lui, la valeur de l'immeuble reste définitivement fixée aux prix d'acquisition ou à la valeur estimative fixée par l'acquéreur. Cependant, il n'y a pas encore purge. Les hypothèques ne sont éteintes que par le paiement ou la consignation du prix de la somme évaluée. Si un des créanciers trouve le prix offert au-dessous de la valeur de l'immeuble, il peut refuser de recevoir ce prix, et, dans le délai

dont nous venons de parler, requérir la mise aux enchères.

Pour que cette réquisition soit régulière, il faut (article 2185) :

1° Qu'elle soit, dans le délai ci-dessus, notifiée à l'acquéreur;

2° Qu'elle soit également notifiée dans le même délai à l'aliénateur, afin qu'il puisse, soit en désintéressant ses créanciers, soit en s'entendant avec eux, empêcher une éviction qui la soumettrait à l'action en garantie;

3° Qu'elle contienne l'engagement pris par le requérant de faire porter le prix à 1/10 en sus;

4° Que l'original et la copie de ces exploits soient signés par le requérant ou son fondé de procuration expresse, lequel, dans ce cas, est tenu de donner copie de sa procuration;

5° Que le requérant offre de donner caution, jusqu'à concurrence du prix et des charges.

Cette réquisition de mise aux enchères, quoique faite à la requête d'un seul des créanciers, profite à tous les autres. Ceux-ci, en effet, voyant une surenchère régulière, ont pu, dans la croyance que la vente aurait lieu, s'abstenir de la demander pour leur propre compte. Ils pour-

raient donc être lésés si le créancier pouvait renoncer à la revente qu'il a demandée, quand bien même il abandonnerait le dixième en sus, car la revente pourra faire atteindre à l'immeuble un prix supérieur.

Dans le cas de revente, la vente a toujours lieu aux enchères publiques, avec les formalités prescrites pour les cas d'expropriation forcée.

Nous ferons observer seulement que la réquisition de mise aux enchères ne fait pas perdre au tiers détenteur son titre de propriétaire, et que si après la mise aux enchères il reste adjudicataire (il peut surenchérir comme tiers), il n'a jamais perdu la propriété.

Que si au contraire il n'est pas adjudicataire, il est censé ne jamais avoir été propriétaire.

LXVII. — Les règles que nous venons d'énumérer sont celles qui doivent être suivies dans le cas où les hypothèques existant sur les immeubles sont inscrites. Mais s'il y a sur cet immeuble des hypothèques dispensées de l'inscription, que devra faire le tiers acquéreur? Il devra rendre son acquisition publique en déposant au greffe du tribunal civil de la situation des biens une copie de son titre d'acquisition;

En faisant notifier cet acte de dépôt à la femme, ou au subrogé-tuteur, ou au procureur impérial;

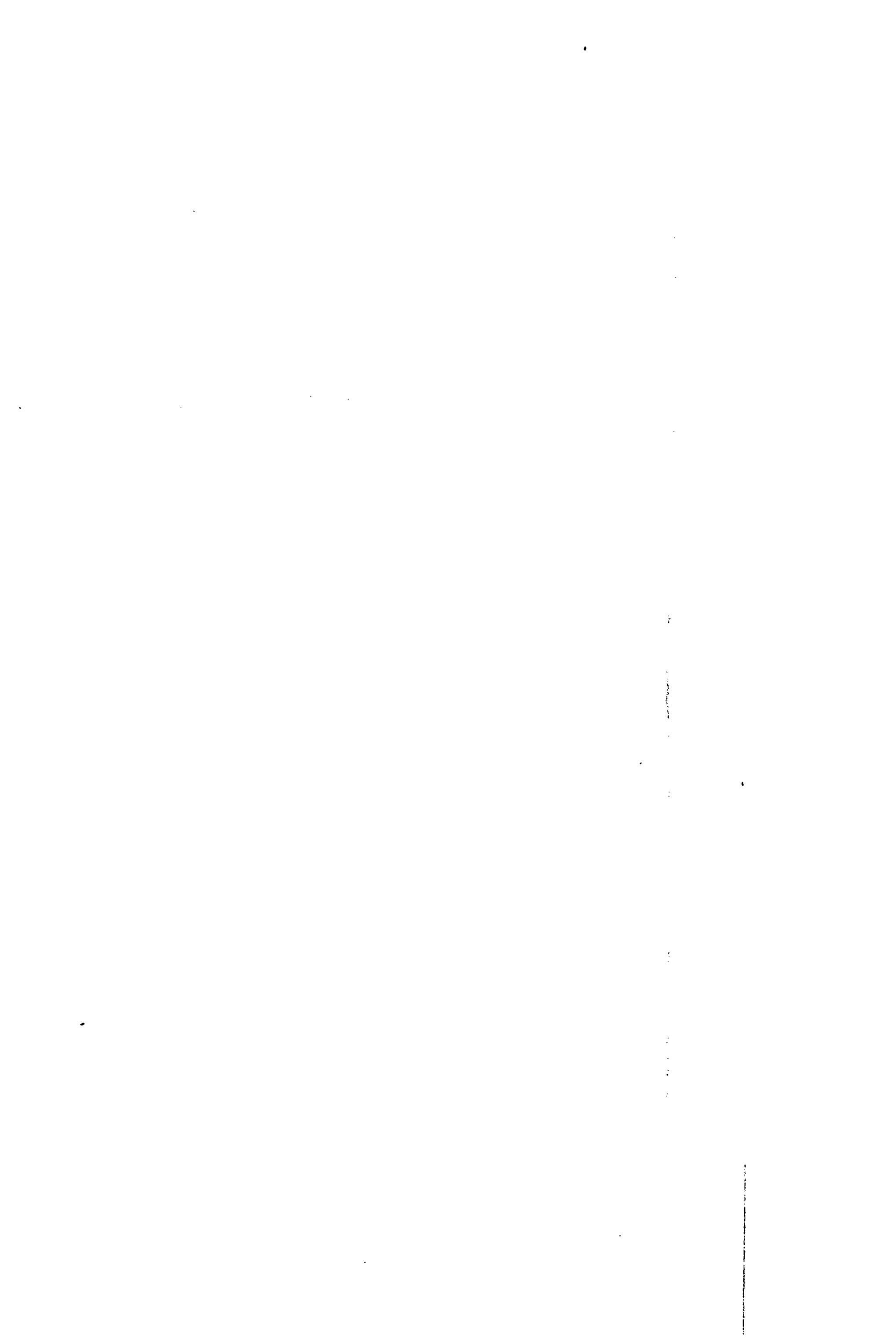
Et en exposant pendant deux mois, dans l'auditoire du tribunal, une copie de son titre d'acquisition, contenant les noms, prénoms, profession, domicile des parties, la désignation et la nature de l'immeuble, ainsi que le prix et les autres charges de l'acquisition.

Et si deux mois après l'acquisition du débiteur devenue publique aucune inscription n'est prise, l'immeuble est affranchi des hypothèques dont il était grevé (1).

LXVIII. — Nous avons dit que le but de l'hypothèque était la vente en justice de l'immeuble pour sur le prix le créancier être colloqué dans le montant de sa créance. Si donc le tiers acquéreur n'a pas purgé les hypothèques existant sur son immeuble, s'il n'a pas payé ou délaissé, les créanciers ont le droit de saisir cet immeuble et de le faire vendre aux enchères, après une sommation faite au détenteur de payer ou de délaissé, et un commandement fait au débiteur. Mais les formalités de cette saisie et de cette vente appartenant tout entières au titre 13 du Code de Procédure, ne peuvent ici faire l'objet d'aucune discussion ni énumération. C'est donc à ce Code

(1) Si ce n'eût été trop étendre ce travail, il y aurait eu de curieuses questions à examiner, entre autres celle de savoir si le droit de préférence survit au droit de suite lorsque celui-ci prend fin de la manière que nous venons de disposer. Nous nous réservons de faire de cette question une de nos positions.

qu'il faut se reporter pour connaître en détail les formalités de cette vente par expropriation forcée, sur laquelle le cadre restreint de ce travail ne nous permet pas de nous étendre, mais que nous devons au moins mentionner pour terminer ce que nous avons à dire sur le droit de suite en matière hypothécaire.



# PROPOSITIONS

## **Droit Romain.**

I. — La loi 29, § 2, *De Pign. et Hyp.*, et la loi 44, § 1, *De Damn. inf.*, sont inconciliables.

II. — Dans les lois des *Pandectes*, le possesseur de bonne foi fait irrévocablement les fruits siens par la perception.

III. — Les lois 21, § 3, et 16, § 3, *De Pign. et Hyp.* sont inconciliables.

IV. — Les lois 5, § 1, *Quib. mod. pign.*, et 14, *De Pign.*, sont conciliables.

## **Droit Français.**

I. — Le tiers détenteur peut délaisser l'immeuble grevé, même après le délai de trente jours dont il est parlé dans l'art. 2169.

II. — Le refus du mariage religieux peut entraîner la dissolution du mariage civil.

III. — La qualité de prêtre catholique constitue un empêchement dirimant au mariage.

IV. — La purge des hypothèques légales n'entraîne pas, pour la femme qui n'a pas fait inscrire son hypothèque (art. 2194), la perte du droit de préférence.

V. — Le tiers détenteur a droit à répétition pour ses impenses nécessaires, alors même que nulle amélioration n'en soit résultée, quoique l'art. 2175 ne lui accorde ce droit que *jusqu'à concurrence de la plus-value*.

VI. — Une hypothèque antérieure à celle du créancier hypothécaire poursuivant ne constitue pas une exception en faveur du tiers détenteur.

VII. — Lorsqu'une inscription hypothécaire est opérée le même jour qu'une transcription, on est réduit à s'en rapporter au numéro d'ordre du registre des dépôts du conservateur pour déterminer leur valeur relative.

### **Droit Commercial.**

I. — L'art. 446 du Code de Comm., qui annule les hypothèques conventionnelles ou judiciaires consenties par un débiteur en faillite, est inapplicable aux hypothèques légales.

II. — On peut, après la déclaration de faillite, prendre une seconde inscription pour garantir les intérêts d'une dette antérieure.

**Droit Administratif.**

Les aliénations ou concessions faites par des actes administratifs doivent être transcrites lorsque l'État agit à titre de personne civile.

**Droit Criminel.**

La tentative d'avortement est punissable.

**Droit des Gens.**

Le pavillon couvre la marchandise.

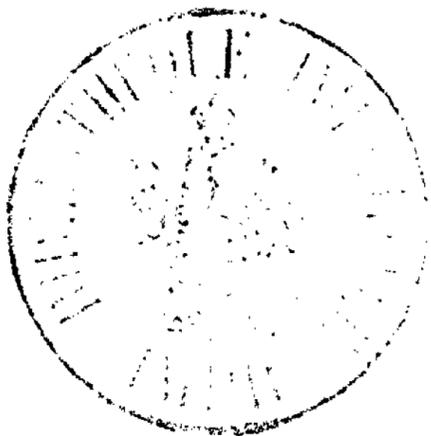
---

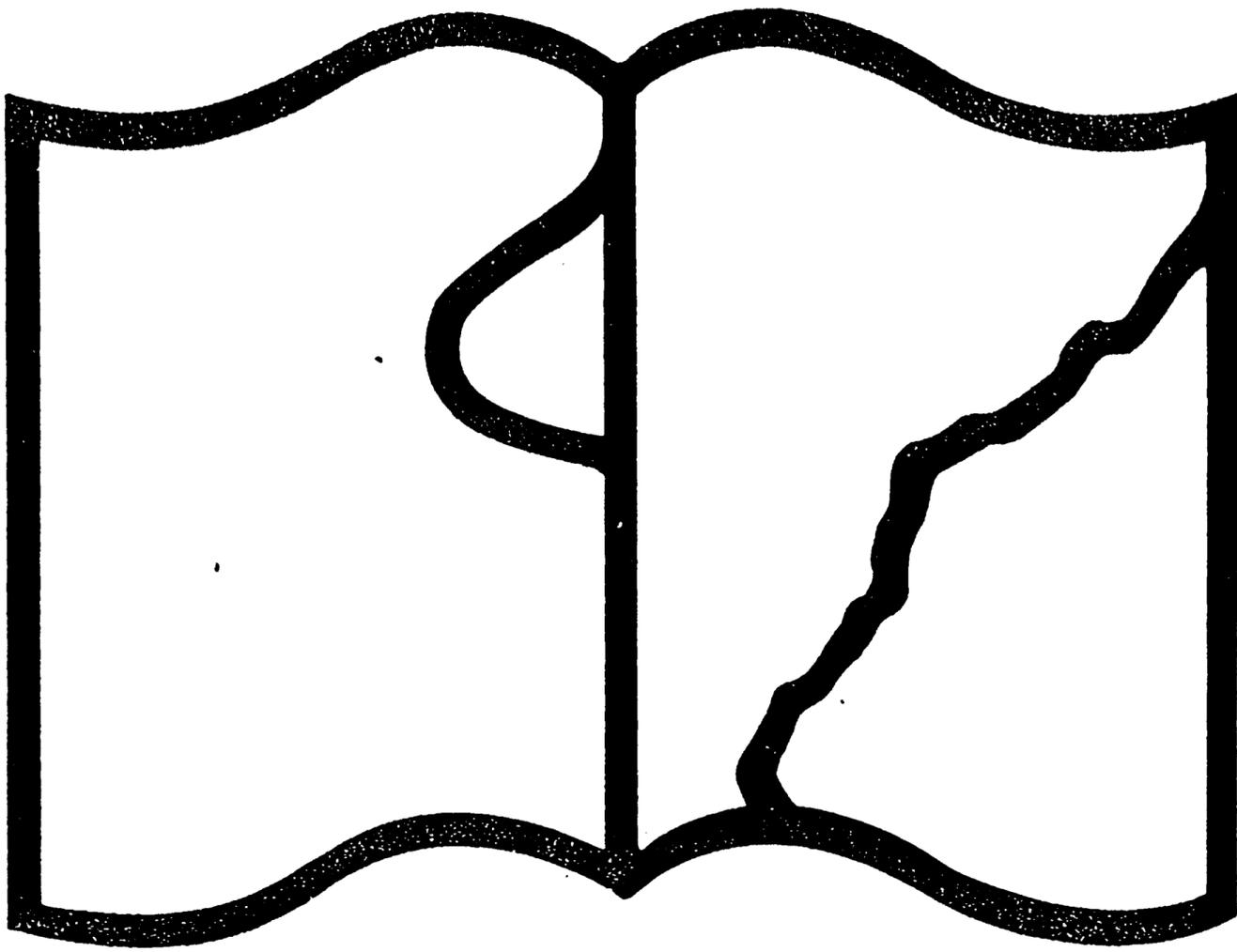
Vu pour l'impression,

*Le Doyen*, H. RICHELLOT.

Vu et permis d'imprimer, le Recteur,

A. MOURIER.





Texte détérioré — reliure défectueuse

**NF Z 43-120-11**