Faculté de droit de Paris. Droit romain : Essai sur l'origine des rentes. Des créances de prestations périodiques à [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Gillard, Adrien. Faculté de droit de Paris. Droit romain : Essai sur l'origine des rentes. Des créances de prestations périodiques à perpétuité et à vie. Droit français : Étude sur la constitution de l'hypothèque conventionnelle. Thèse pour le doctorat... par Adrien Gillard,.... 1889.

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

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

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

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

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

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

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

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

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

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Condamin & Cauvenhan

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

2 exs

ESSAI SUR L'ORIGINE DES RENTES

DES

CRÉANCES DE PRESTATIONS PÉRIODIQUES

A PERPÉTUITÉ ET A VIE

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE

SUR LA CONSTITUTION

DE

L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Adriem GILLARD

Né à Amiens

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1889

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

ESSAI SUR L'ORIGINE DES RENTES

DES

CRÉANCES DE PRESTATIONS PÉRIODIQUES

A PERPÉTUITÉ ET A VIE

DROIT FRANÇAIS

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS R F
DON 9° F 17453

ÉTUDE

SUR LA CONSTITUTION

DE

L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Mardi 2 Juillet 1889, à 1 heure

PAR

Adrien GILLARD

Né à Amiens

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. BUFNOIR.

Suffragants : MM. LEVEILLÉ, *professeur*. — JOBBÉ-DUVAL, Léon MICHEL, *agrégés*.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1889

C.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE VÉNÉRÉE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

HOMMAGE D'AFFECTION ET DE RECONNAISSANCE

A CEUX QUE J'AIME

DROIT ROMAIN

ESSAI SUR L'ORIGINE DES RENTES

DES

CRÉANCES DE PRESTATIONS PÉRIODIQUES

A PERPÉTUITÉ ET A VIE

INTRODUCTION

1. Si l'on s'accorde, en général, à reconnaître que le legs de rente fut communément pratiqué à Rome, on n'est pas moins unanime, ou peut s'en faut, pour décider que les Romains ont ignoré la rente constituée par contrat.

La question ne se discute même plus aujourd'hui.

On passe purement et simplement sous silence la législation romaine dans l'historique des rentes perpétuelles. Les rares interprètes qui en font mention se bornent à citer, comme ressemblant à notre contrat de rente perpétuelle, une combinaison développée par Justinien dans la Novelle 160 ; mais ils ne voient là qu'un fait isolé, accidentel, sans lien avec aucun système général, avec aucune

théorie scientifique, et se gardent bien d'en conclure que le contrat de rente perpétuelle peut avoir son origine dans le droit romain (1). D'origine toute moderne, dit-on couramment, la rente perpétuelle fut un des biais imaginés au Moyen âge par la pratique pour éluder la prohibition du prêt à intérêt (2).

C'est également par l'absence de toute mention du droit romain, dans l'historique du contrat de rente viagère, que l'origine romaine de cette institution est ordinairement condamnée. Il n'y a qu'un très-petit nombre d'auteurs qui aient songé à émettre expressément leur opinion en ce sens (3). C'est à la législation des Précaires ecclésiastiques, au début de notre droit national, qu'on attribue généralement le mérite de la première conception d'une rente viagère. Le formulaire de Marculf (4) nous atteste, en effet, le fréquent usage à cette époque d'une convention en vertu de laquelle, en échange d'un fonds de terre ou d'un capital en argent qu'il abandonnait à titre de propriété définitive à une église ou à un monastère, un particu-

(1) V. notamment Pothier, *Traité du contrat de constitution de rente*, nº 8.

(2) V. notamment M. Colmet de Santerre, *Cours anal. de Code civil*, t. VIII, nº 117.

(3) V. notamment Troplong, *Des contrats aléatoires*, t. XV, nº 204 ; Dalloz, *Jur. gén.*, Vº Rente viagère, nº 2.

(4) Lib. 2, c. 5 et 11, *Marculfi formularum* ; et *Append.*, c. 41 et 42.

lier recevait durant sa vie, sous forme de fruits ou d'argent, des prestations périodiques qui, à raison de leur caractère viager, étaient, d'après ce qui ressort d'un capitulaire rendu en 846 par Charles le Chauve (*Capit. d'Épernay, 22)*, supérieures aux produits annuels de la chose aliénée.

2. Sans mettre en doute qu'il y ait là un véritable contrat de constitution de rente viagère à titre onéreux, sans méconnaître non plus le rôle considérable qu'a joué dans notre ancien droit français l'interdiction du prêt à intérêt et la puissante influence qu'elle a exercée sur le développement des rentes aux XIII^e^ et XIV^e^ siècles, on peut, à première vue, trouver étrange que le mécanisme de la rente ait échappé à l'esprit éminemment ingénieux des Romains, dont la législation s'est montrée si féconde et si complète dans la vaste matière des obligations qu'elle constitue, même à notre époque, et malgré les génies différents des deux peuples, le meilleur commentaire de la plupart des titres du Code civil consacrés à la théorie des divers contrats.

Le fait est d'autant plus surprenant que notre législation présente, à propos des rentes, un ensemble de dispositions qui, loin de s'expliquer par des idées étrangères au droit romain, paraissent, au contraire, procéder de principes qui y étaient admis.

Qu'est-ce, en effet, qu'une rente? C'est, d'une manière générale, le droit, limité ou non dans sa durée, qu'a une personne, le crédi-rentier, d'exiger d'une autre personne, le débi-rentier, des prestations périodiques en argent ou en denrées. Ce n'est pas là certainement une conception qui ait été ignorée de la législation romaine: nous n'en voulons d'autre preuve que le legs et la stipulation *in singulos annos*.

Ce droit à des prestations périodiques peut être constitué à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans le premier cas, il a sa cause dans une pensée de libéralité du constituant et procède d'une donation ou d'un testament. Dans le second, il a sa source dans une convention et sa cause dans la transmission, opérée par le crédi-rentier au profit du débi-rentier, de la propriété d'un capital.

Pourquoi les Romains, qui ont fait usage de la rente constituée à titre gratuit, ne l'auraient-ils pas également connue lorsqu'elle a sa contre-valeur dans l'aliénation d'un capital? Nous voulons bien admettre que le contrat de constitution de rente n'ait pas été chez eux un contrat nommé. Mais l'échange, le précaire, l'*æstimatum*, la transaction étaient pratiqués à Rome (1), et cependant ils n'étaient pas compris dans la liste des contrats

(1) V. M. Accarias, *Précis de dr. rom.*,, 2e édit., t. II, nº 653.

nommés. Ne suffissait-il pas, à une certaine période du droit romain, pour qu'un pacte synallagmatique supposant une réciprocité de services devînt un contrat muni d'action, que la prestation incombant à l'une des parties eût été exécutée volontairement par elle (Ulpien, loi 7, p. 2, D., *De pactis*, II, 14)? Or, nous pouvons très-bien supposer, par exemple, qu'une personne aliène un capital quelconque moyennant l'engagement pris par l'acquéreur de lui payer des prestations périodiques, et, si nous analysons cette opération suivant le droit romain, il nous sera bien difficile de ne pas y voir, à défaut d'une vente, un de ces contrats innommés que la jurisprudence n'eût pas hésité à reconnaître et à sanctionner. N'y trouvons-nous pas, en effet, une prestation faite en vue d'obtenir un service réciproque?

Nous pourrions multiplier les hypothèses et signaler des contrats nommés dans lesquels le droit que nous appelons rente pouvait juridiquement prendre naissance. Mais il nous suffit, quant à présent, de constater que, d'après les principes admis en droit romain, rien ne s'oppose *a priori* à la création par contrat d'une créance de prestations périodiques, pour expliquer qu'il nous ait paru intéressant de rechercher la nature et d'éprouver la valeur des arguments à l'aide desquels on a pu nier l'existence des rentes dans la législation romaine.

Une autre idée, d'ordre différent, nous a également déterminé à entreprendre ce travail : cette idée, c'est que la législation moderne a dû vraisemblablement s'inspirer des principes de la stipulation *in annos singulos* (1) dans la façon générale dont il a apprécié la nature et les caractères de la rente viagère. Être moral, distinct des arrérages qu'elle produit et qui sont exclusivement des fruits, la rente viagère est, en effet, aujourd'hui chez nous ce qu'était à Rome la stipulation de prestations périodiques « *una est* » (Pomponius, loi 16, p. 1, D., *De verb. obl.* XLV, 1). Or, si cette conception d'un être unique avec des effets multiples et successifs nous paraît rationnelle et de tout point exacte quand il s'agit de la rente perpétuelle, dont le capital engendre des produits périodiques sans jamais s'épuiser lui-même, il en est tout autrement dès qu'on l'applique à la rente viagère, dont le fonds s'absorbe au fur et à mesure de la perception des arrérages et semble se confondre avec eux. Il nous semble donc probable qu'en consacrant une fiction aussi contraire aux vrais principes que celle d'une rente viagère produisant des

(1) L'intervalle plus ou moins long entre les diverses prestations étant indifférent pour l'application des principes, les mots *in annos singulos* ne figurent ici, comme dans les développements qui suivent, qu'à titre d'exemple. Tout ce que nous dirons des droits *in annos singulos* s'applique donc également aux droits *in dies singulos*, *in menses singulos*, etc...

fruits civils, les rédacteurs du Code civil ont subi l'influence des idées admises en droit romain, idées qui avaient, sans aucun doute, leur raison d'être sous l'antique formalisme, mais ne se comprennent plus du tout dans notre droit français. C'est là un point de vue que nous nous proposons de bien mettre en lumière : il fera l'objet d'un appendice spécial dans lequel nous nous demanderons s'il n'aurait pas été plus logique et plus conforme à la vérité des choses de considérer les arrérages comme formant l'objet même et tout le capital de la rente. Peut-être trouverons-nous là le secret des difficultés que les interprètes du Code éprouvent à faire cadrer le système actuel de la rente viagère avec les principes de la communauté entre époux et de l'usufruit.

3. Certes, notre thèse peut paraître quelque peu hypothétique, nous n'en disconvenons pas. Mais elle mérite l'indulgence : ce n'est qu'un essai. Si nous parvenons à en dégager cette conclusion que l'institution des rentes est, non pas, comme on le croit généralement, une création originale de notre vieux droit national, mais un emprunt fait par nos anciens jurisconsultes au droit romain, dans lequel elle était arrivée, sinon à un grand développement pratique, du moins à un assez haut degré de perfection juridique, notre but sera complètement atteint.

4. Notre travail se divisera en deux parties.

La première sera consacrée à l'examen général de la question, particulièrement à la discussion des considérations d'ordre économique et moral qu'on fait communément valoir pour repousser l'origine romaine des rentes.

Dans la seconde partie, dont les sous-divisions seront indiquées plus loin, nous plaçant exclusivement sur le terrain juridique, nous reprendrons et nous examinerons avec le développement qu'il comporte le point de savoir si le jeu des principes nous permet de concevoir théoriquement, suivant le droit romain, la constitution par contrat d'un droit semblable à celui que nous appelons rente. Cela fait, nous aurons à rechercher s'il existe, dans les monuments de la législation romaine, des traces plus ou moins nombreuses, le nombre ne faisant rien à la chose, de contrats donnant naissance à des rentes soit perpétuelles, soit viagères.

Bien que la rente constituée par contrat doive former l'objet principal de nos explications, nous n'oublierons pas cependant que notre travail a trait à l'origine romaine des rentes, sans distinction entre les divers modes de constitution, et nous dirons accessoirement quelques mots des legs de rentes, dont l'existence dans la législation romaine n'est pas contestée.

PREMIÈRE PARTIE

EXAMEN GÉNÉRAL DE LA QUESTION. — DISCUSSION DES ARGUMENTS D'ORDRE ÉCONOMIQUE ET MORAL INVOQUÉS CONTRE L'ORIGINE ROMAINE.

---

5. Notre examen portera successivement, dans deux chapitres distincts, sur la rente perpétuelle et sur la rente viagère.

CHAPITRE PREMIER

RENTE PERPÉTUELLE

6. On soutient que la rente perpétuelle n'avait guère de raison d'être à Rome où le prêt à intérêt était parfaitement licite. Pourquoi, en effet, aliéner son capital et s'interdire à toujours le droit de le réclamer, alors qu'on pouvait, en le prêtant seulement, se procurer des revenus à un taux aussi élevé? (1).

(1) V., sur ce point, M. Vialla, *Thèse de Doctorat*, Paris, 1875, p, 63.

7. L'argument, à vrai dire, ne porte pas, tout au moins directement. Est-ce que le prêt à intérêt n'est pas permis dans notre droit actuel ? Et pourtant les rentes perpétuelles, sous le nom de Rentes sur l'État, ont pris à notre époque une extension considérable et occupent une place importante dans la fortune des particuliers.

Force serait donc, pour établir que les Romains ont ignoré la rente perpétuelle, de trouver une explication plus satisfaisante que celle tirée de l'existence du prêt à intérêt dans leur législation. Malheureusement pour les adversaires de l'origine romaine, c'est là leur unique argument.

D'argument juridique, il n'est trace nulle part : c'eût été, en effet, méconnaître les principes les plus élémentaires du droit romain que d'oser présenter sa théorie juridique comme répugnant à ce qu'une obligation eût pour objet une série dc prestations périodiques. Nous en avons déjà dit un mot dans notre introduction et nous n'aurons pas de peine à le démontrer dans notre seconde partie.

On ne saurait davantage invoquer l'absence de textes sur la matière, car, ainsi que nous le verrons également, un examen quelque peu attentif permet de découvrir, dans le domaine des contrats, certaines combinaisons qui, à défaut d'un nom correspondant à notre mot rente, présentent de tout point les caractères essentiels et distinctifs de

cette institution, c'est-à-dire le retour des annuités et la non-exigibilité du capital. Ces textes sont-ils, comme on l'a prétendu, ambigus et incertains ? C'est ce que nous nous proposons d'examiner plus loin.

Pour le moment, en présence de ce qui se passe actuellement chez nous, nous n'hésitons pas à poser en fait que l'existence du prêt à intérêt dans la législation romaine constitue un argument insuffisant, à défaut d'autres, pour permettre d'affirmer péremptoirement que les Romains n'ont pas fait usage de la rente perpétuelle.

8. Cet usage, nous nous empressons de le reconnaître immédiatement, a dû être bien restreint. La véritable raison en est, selon nous, non pas dans l'existence à Rome du prêt à intérêt, mais plutôt dans l'absence d'un remède propre à conjurer les inconvénients de l'inexigibilité du capital, qui est de l'essence de la rente. Celui qui donne son argent à rente constituée s'interdit la faculté d'en exiger le remboursement à une époque fixe. Or, on peut avoir, à un moment donné et dans certaines positions, le besoin ou simplement le désir de rentrer dans son capital ; à cet égard, la constitution de rente présentait à Rome l'inconvénient très-grave de nos rentes perpétuelles entre particuliers, car, en admettant même que les procédés pratiques imaginés par les Romains pour faire

argent des créances (1) aient offert tous les avantages d'une cession juridique, directe et complète, il devait être alors, comme maintenant, fort difficile et, en tout cas, incertain de rencontrer à point nommé un amateur disposé à acheter et prêt à payer comptant. Aujourd'hui, grâce à l'institution des Bourses, les rentiers, créanciers de l'État, n'ont pas à redouter cet obstacle : ils trouvent, quand ils le désirent, à la moindre nécessité, à la plus légère appréhension, toute facilité pour opérer sans peine le retrait de leur argent, en vendant leurs titres à la Bourse. Par ce moyen, l'inconvénient résultant de l'inexigibilité du capital est entièrement supprimé, et on s'explique ainsi, en tenant compte, d'ailleurs, de la confiance que l'État peut inspirer par sa probité et sa stabilité, la grande extension qu'ont prise à notre époque les rentes perpétuelles adjugées par l'État. Mais c'est là un avantage que ne rencontre pas celui qui contracte avec un particulier ; dès lors, si le prêt à intérêt est autorisé par la législation, on comprend très-bien qu'il serve de déversoir à une portion considérable de capitaux, les détenteurs devant préférer la combinaison qui, en procurant le prix de la jouissance, laisse en outre la faculté de rentrer dans le capital.

(1) V., sur ces procédés pratiques, Gaïus, II, 38 ; IV, 86 ; M. Accarias, *op. cit.*, t. II, nos 640 à 642.

C'est donc en réalité l'inexigibilité du capital, inhérente à toute constitution de rente, qui explique le rare usage que les Romains ont dû faire de cette institution. Le voisinage du prêt à intérêt n'a pu jouer chez eux que le rôle d'un dérivatif, dérivatif puissant, il faut en convenir, mais simple remède à un mal dont il n'était pas la cause. Il est incontestable que, si l'on avait trouvé à Rome un moyen pratique pour supprimer les inconvénients de la non-exigibilité du capital de la rente, si, par exemple, on y avait connu le système des emprunts publics avec ses avantages multiples, ce dernier mode de placement aurait obtenu chez le peuple romain un crédit égal, sinon supérieur, à celui du prêt à intérêt. On peut en dire autant, d'ailleurs, de notre constitution de rente entre particuliers : au lieu de se faire plus rare de jour en jour, elle ne tarderait pas à reprendre son ancienne importance et à devenir un mode de placement fort recherché, s'il était possible de tourner facilement l'entrave résultant de l'inexigibilité du capital.

CHAPITRE II

RENTE VIAGÈRE

9. Ici encore les partisans de l'origine moderne nous paraissent avoir fait bon marché des monu-

ments de la législation romaine. Si nous prenons, en effet, la peine de les parcourir, nous y trouvons, sans nous arrêter aux legs, des conventions qui présentent l'analogie la plus frappante avec notre contrat de rente viagère. Qui n'a, présente à l'esprit, cette vieille formule des Institutes : *Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes* (Inst., 3, *De verb. oblig.*, III., 15) ? Voilà, nous semble-t-il, et d'une manière bien précise, une créance d'annuités devant s'éteindre à la mort du stipulant, une véritable rente viagère. Et ce texte n'est pas le seul sur la matière : il y en a d'autres que nous étudierons plus loin à loisir.

En présence de documents si nets et si probants, on est étonné que des auteurs comme Heineccius, Troplong et tant d'autres à leur suite aient refusé de constater dans le droit romain l'origine et le point de départ du contrat de rente viagère, et on est amené à penser que, pour dénier l'autorité des textes, ces jurisconsultes devaient avoir de puissants griefs à alléguer contre la pratique d'une telle institution au temps des Romains.

Ces griefs sont au nombre de deux : si la rente viagère n'a pas trouvé place dans la législation romaine, c'est, dit-on, d'abord parce qu'elle ne répondait à aucune nécessité sociale, à aucun besoin de l'époque ; en second lieu, parce qu'elle était à tous égards incompatible avec les idées morales et

religieuses des citoyens. L'inutilité et l'immoralité de la rente viagère au temps des Romains, tels sont, en somme, les deux chefs auxquels se réduit toute l'argumentation des adversaires de l'origine romaine. Peut-être allons-nous trouver, en les examinant de près, qu'ils ne reposent pas sur une base assez solide pour étayer un système.

10. On s'efforce, d'abord, d'appliquer à la rente viagère l'argument invoqué plus haut contre l'origine romaine de la rente perpétuelle. Cette combinaison, dit-on, ne dut jamais venir à l'esprit des Romains et encore moins recevoir dans leur législation une consécration positive, car son utilité ne pouvait être appréciée par un peuple qui pratiquait librement le prêt à intérêt. A quoi bon, en effet, aliéner son capital moyennant des arrérages viagers, alors qu'on pouvait, par un simple prêt, se procurer des ressources équivalentes ? (1).

L'argument, déjà insuffisant pour la rente perpétuelle, manque ici complètement son but. D'abord, il n'est plus vrai à partir de la loi des Douze Tables : en sait, on effet, que cette loi a restreint la liberté absolue qui régnait jusque là dans la fixation du taux de l'intérêt, en établissant un maximum que l'intérêt annuel ne pouvait pas dépasser, le douzième du capital, d'après les uns, douze pour

(1) V., en ce sens, M. Boulloche, *Thèse de Doctorat*, Paris, 1878, p. 78.

cent, d'après les autres (1). Et dans la suite, loin de l'élever, Justinien abaissa encore sensiblement ce maximum, en le réduisant à six pour cent, hormis dans certains cas particuliers (Loi 26, p. 1, C., *De usuris*, IV, 32).

En second lieu, en admettant même que le législateur romain n'eût pas limité le taux de l'intérêt, il demeure toujours et partout, au point de vue économique, faux de dire que le produit tiré d'un capital placé en viager ne dépasse pas le revenu de ce même capital prêté à intérêt. Nul n'ignore que les arrérages de la rente viagère représentent, non seulement les intérêts du capital aliéné, mais en outre une partie de ce capital lui-même. Cela s'explique par cette idée que la rente viagère répond à un tout autre besoin que le prêt à intérêt : l'intérêt est perçu par le prêteur uniquement comme rémunération de l'usage que l'emprunteur fait de son capital ; aussi y a-t-il, par l'effet de l'inflexible loi de l'offre et de la demande, une sorte de taux courant de l'intérêt qui est à peu près égal à lui-même dans tous les prêts s'opérant dans le même lieu et à la même époque. Le contrat de rente viagère, au contraire, est un moyen généralement employé par une personne isolée, âgée ou infirme, pour augmenter ses ressources, assurer son ave-

(1) V. Tacite, *Annales*, VI, 16. — M. Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 1141, note 4.

nir et mettre sa vieillesse à l'abri de la misère, en transformant les faibles revenus qu'elle aurait tirés de sa fortune par les placements ordinaires, notamment par le prêt à intérêt, en des profits périodiques d'autant plus considérables que la vie qui sert de terme à la rente a plus de chance de s'éteindre dans un bref délai. Aussi le taux des arrérages varie-t-il avec chaque espèce, au gré des circonstances les plus diverses, telles que l'âge, la santé, le genre de vie de la personne, sur la tête de laquelle la rente est constituée : plus est grande pour cette personne la probabilité de longue vie, plus le taux des arrérages se rapproche du cours ordinaire de l'argent prêté à intérêt, sans jamais l'atteindre cependant, car alors le contrat perdrait son caractère économique ; par contre, plus cette probabilité est faible, plus le *quantum* des arrérages tend vers celui du capital lui-même, sans toutefois l'égaler jamais, sinon l'opération n'aurait plus de raison d'être. En raison de cette extrême variabilité du taux de la rente viagère, on conçoit qu'il ne puisse être question d'un cours quelconque en pareille matière, et on s'explique ainsi que les limitations légales du taux de l'intérêt conventionnel soient restées étrangères à la rente viagère, contrat essentiellement aléatoire.

Est-il besoin d'insister davantage pour démontrer que la rente viagère ne fait pas double emploi

avec le prêt à intérêt? Aussi bien ces deux contrats pouvaient-ils, sans se gêner en rien, coexister chez le peuple romain qui devait, lui aussi, car la misère et la vieillesse sont de tous les temps et de tous les lieux, renfermer dans son sein des hommes possesseurs d'un avoir minime et désireux d'alléger les angoisses de la vieillesse, en se créant des ressources plus considérables que celles qu'aurait pu leur procurer le prêt à intérêt.

11. Le second argument invoqué par les auteurs contre l'origine romaine de la rente viagère repose sur des considérations d'ordre purement moral. C'est celui qu'ils considèrent comme devant emporter conviction : il nous a pourtant paru bien faible. « Ce peuple superstitieux, dit Troplong en parlant des Romains, voyait de tristes augures dans les conventions qui faisaient reposer quelque espérance sur la mort de l'homme ; il les bannissait comme impies, inhumaines et propres à exciter au crime » (*Des contrats aléatoires*, n° 204). A ce titre, conclut-on, le contrat de rente viagère, dont le résultat avantageux dépend de la mort d'une personne, ne dut jamais pénétrer ni dans les mœurs ni dans les lois de Rome, où l'on plaçait au dessus de tout sentiment intéressé le respect de la vie humaine et le culte de la puissance créatrice.

En tenant cet étrange langage, on semble oublier

en vérité et le caractère et les institutions du peuple romain. Est-il possible de soutenir sérieusement qu'une combinaison juridique a dû lui rester inconnue par ce motif que toutes les espérances qu'elle fait naître reposent sur la vie d'un homme ? Mais autant vaudrait énoncer cette énormité que le testament n'a jamais existé dans le droit romain, car c'est là, au premier chef, une institution susceptible d'éveiller dans la conscience de l'héritier institué le *votum mortis* contre le testateur qui, on le sait, n'eut pas à toutes les époques les moyens de tenir secrètes les dispositions de son testament (Gaïus II, 101 et 102). N'est-il pas également bizarre que les Romains, imbus de principes si religieux et si humains, aient toléré dans leur législation l'existence de l'usufruit qui devait donner sujet de craindre que le *nudus dominus*, pour jouir plus vite des biens, n'attentât à la vie de l'usufruitier ? « Ce motif, s'il était fondé, dit M. Accarias en parlant du *votum mortis*, conduirait aux conséquences les moins acceptables, et notamment à la suppression de toute espèce de successions » (*Op. cit.*, t. II, p. 235, note 2). On nous parle de conventions ! Mais les pactes sur successions futures sont éminemment des conventions, et cependant Justinien, après avoir dit : « *Omnes hujusmodi pactiones odiosæ esse videntur, et plenæ tristissimi et periculosi eventus* »,

admet la validité d'un pacte de cette nature fait avec l'agrément de la personne dont l'hérédité future est en question : « *nisi ipse forte, de cujus hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitæ suæ spatium perseverarit* » (Loi 30, C., *De pact.*, II, 3). Cette constatation est d'autant plus probante, en faveur de la thèse que nous soutenons, que notre Code civil, qui pourtant a reconnu la légitimité et consacré l'existence de la rente viagère, est allé plus loin que la loi romaine contre les pactes sur successions futures et les a proscrits d'une manière générale, même quand ils sont faits avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit (C. civ., art. 1130 et 1600).

12. Nous en avons ainsi terminé, victorieusement croyons-nous, avec les arguments d'ordre économique et moral à l'aide desquels on a essayé de nier la possibilité de l'existence, dans la législation romaine, des rentes constituées par contrat.

C'est uniquement à l'hypothèse du contrat de constitution de rente, ainsi que nous l'avons dit par avance, que se réfère la question qui fait difficulté entre les interprètes. Le legs de rente, soit viagère, soit perpétuelle, a pris à Rome, en effet, des développements assez vastes pour laisser dans les monuments de la législation des traces indis-

cutables. On s'explique très-bien, d'ailleurs, que les legs de prestations périodiques du droit romain soient restés étrangers à la controverse sur l'origine des rentes et aient échappé aux critiques des moralistes les plus scrupuleux : constituée à titre gratuit, la rente est d'ordinaire une touchante libéralité, inspirée par les motifs les plus louables, notamment par le désir de récompenser des services rendus ou d'assurer l'existence de personnes chères ; c'est un moyen commode à employer lorsque le testateur, malgré son intention libérale, ne veut pas dépouiller ses héritiers des biens qui doivent leur revenir. Il n'y a plus, dès lors, place pour l'idée d'une combinaison intéressée, destinée à faire produire des arrérages plus ou moins élevés à un capital aliéné.

DEUXIÈME PARTIE

EXAMEN JURIDIQUE DE LA QUESTION. — EXPLICATION DES TEXTES

---

13. Comme la précédente, cette partie sera divisée en deux chapitres, dont le premier aura trait à la rente perpétuelle, et le second, à la rente viagère.

CHAPITRE PREMIER

RENTE PERPÉTUELLE

14. Dans une première section, après avoir constaté que la théorie du droit romain nous permet de concevoir juridiquement la création par contrat d'une obligation ayant pour objet une série de prestations périodiques à perpétuité, nous nous proposons d'étudier les effets juridiques de cette obligation, et dans le cas où elle a sa source dans un contrat *stricti juris*, et dans celui où elle

découle d'un contrat *bonæ fidei*. Puis, dans une deuxième section, nous rechercherons s'il existe des textes donnant une consécration positive aux résultats que nous aura fournis la théorie juridique. Enfin, une troisième section sera consacrée à l'examen rapide du legs de rente perpétuelle.

Dans une appendice, nous nous demanderons si la théorie coutumière du bail à rente n'a pas également ses racines dans la législation romaine.

PREMIÈRE SECTION

CRÉATION PAR CONTRAT D'UNE CRÉANCE DE PRESTATIONS PÉRIODIQUES A PERPÉTUITÉ

15. Supposons une stipulation invervenue en ces termes entre Titius et Mævius : *Spondes-ne mihi decem aureos in annos singulos? Spondeo.*

La stipulation en elle-même est inattaquable : elle est revêtue des formes essentielles à sa validité ; les parties sont, par hypothèse, pleinement capables de stipuler et de promettre, et l'accord est complet entre leurs volontés ; on ne saurait enfin voir un objet impossible ou insuffisamment déterminé dans une série de prestations de dix sous d'or à effectuer périodiquement.

Ce qu'il est intéressant d'examiner, ce sont les effets juridiques du contrat qui s'est ainsi formé.

Pomponius les a résumés dans cette phrase remarquable par sa concision : « *Stipulatio hujusmodi*, In annos singulos, *una est, et incerta, et perpetua* (Loi 16, p. 1, D., *De verb. obl.*, XLV, 1). Voyons-en le développement.

16. Quel est d'abord exactement l'objet de la créance que Titius a acquise entre Mævius ? Il semble, au premier abord, qu'on pourrait sans difficulté regarder comme constituant directement cet objet les annuités successives elles-mêmes. Mævius a promis dix sous d'or ; c'est là l'objet de son obligation. Ces dix sous d'or, il les a promis non pas une seule fois, mais *in annos singulos*, c'est-à-dire pour chaque année. N'est-il pas dès lors rationnel de dire que la stipulation a donné naissance, d'une part à un créance pure et simple de dix sous d'or, celle qui se réfère à la première annuité (1), d'autre part à un nombre indéterminé de créances à terme de la même somme, chacune de ces créances ayant une exigibilité correspondant à l'une des années à venir ? Au point de vue de la théorie du droit romain, ce serait une erreur. Il ne faut pas oublier, en effet, que nous raisonnons en ce moment sur l'hypothèse d'une stipulation, contrat dans lequel la forme même donne l'étendue du droit : « *In stipulationibus verba, ex*

(1) Cf. Julien, loi 56, p. 4, D., *De verb. obl.*

quibus obligatio oritur, inspicienda sunt », dit Paul (Loi 126, p, 2, D., *De verb. obl.*) (1). Or, dans la formule employée, il n'y a qu'une seule interrogation et une seule réponse. La rigueur des principes exige qu'elle n'engendre qu'une seule et même obligation. Force est donc, dans ces conditions, pour conserver à la stipulation son caractère propre, de considérer la créance qu'elle fait naître comme étant unique et comme ayant directement pour objet, non pas des annuités successives, mais une sorte d'être imaginaire, un être juridique, *nomen juris*, dont ces annuités ne sont que des produits. En d'autres termes, l'obligation du promettant est une, avec des effets multiples et successifs.

Assurément, c'est là une explication qui peut nous paraître aujourd'hui bien subtile, mais il faut la prendre telle quelle et renoncer à en trouver une meilleure dans une matière où tout est subtilité. Il est vrai qu'après des hésitations, la jurisprudence a fini par admettre qu'une stipulation portant sur des prestations périodiques, bien qu'unique en la forme, peut faire naître autant de créances distinctes qu'il y a de termes, dans le cas où le nombre des termes est déterminé à l'avance : « *De hac stipulatione*, Annua, bima, trima die id argentum

(1) Cf. Ulpien : « *In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant* » (Loi 52, pr., *ibid.*)

quaque die dari ? *apud veteres variatum fuit. Paulus : sed verius, et hic tres esse trium summarum stipulationes* » (Paul, loi 140, p. 1, D., *De verb. ob.*). Mais ce progrès s'explique par cette remarque que, le nombre des annuités étant prévu dans le contrat, le simple bon sens permet de décomposer ce contrat en un nombre égal de stipulations. « En effet, dit M. Accarias, quand je stipule dix sous d'or par an pendant dix ans, n'est-ce pas absolument la même chose que si j'avais stipulé un capital de cent sous d'or payable en dix termes égaux séparés les uns des autres par un intervalle d'un an ? » (*Op. cit.*, t. II, n° 531 *in fine*). Un tel progrès n'a pas paru devoir être admis dans notre stipulation, pas plus que dans les stipulations d'annuités devant finir par l'arrivée d'un terme incertain, par cet raison bien simple que, le nombre des annuités demeurant dans ces hypothèses absolument indéterminé, on n'aurait pu prendre comme diviseur, pour en faire autant de stipulations distinctes, un chiffre forcément inconnu.

17. De l'unité de la créance, il résulte que sa *diei cessio* s'est effectuée en un seul jour, au jour même de la stipulation (Ulpien, loi 213, pr., D., *De verb. sign.*, L, 16), et, par suite, qu'elle est acquise en totalité, pour toutes les annuités à venir, à Titius qui a joué dans le contrat le rôle de stipulant. Peu importe donc qu'il devienne incapable postérieure-

ment : il suffit qu'il ait été capable au moment du contrat : « *stipulatio tamen una est, et conditio ejus, cui expromissum est, semel intuenda est* » (Paul, loi 35, p. 7, D., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6). Sa créance est désormais transmissible, pour toutes les prestations à échoir, à ses successeurs à titre universel. S'il est *alieni juris*, le bénéfice du contrat se trouve acquis tout entier à celui qui l'a sous sa puissance au jour de la stipulation : il est indifférent que, dans la suite, le stipulant devienne *sui juris* ou que le maître ou le *paterfamilias* vienne à changer.

18. Pomponius nous dit, en second lieu, que la stipulation *in annos singulos* est *incerta*. On sait qu'une stipulation *incerta* est celle dont la formule même ne suffit pas à déterminer d'une manière précise la nature, la qualité et la quantité de l'objet stipulé : « *Ubi autem non apparet, quid, quale, quantumque est in stipulatione : incertam esse stipulationem dicendum est* » (Ulpien, loi 75, pr., D., *De verb. obl.*). Or, dans la formule employée par Titius, on voit bien immédiatement la nature et la qualité de l'objet de la dette, mais la quantité due n'apparaît pas. C'est là une conséquence logique de l'unité de la créance née de la stipulation : en effet, cette créance formant une masse unique, il faudrait, pour en préciser actuellement le montant, savoir combien de fois le stipulant aura droit de toucher

dix sous d'or, ce qui est impossible, puisque le nombre des prestations périodiques est indéterminé.

19. La stipulation étant *incerta*, l'*intentio* de l'action qui la sanctionne doit l'être également : « *Itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulæ concipi debet* » (Gaïus, IV, 53 *in fine*). En conséquence, l'action ouverte à Titius contre Mævius est une *condictio incerti*. S'il veut demander en justice une annuité échue et non payée, il doit exprimer sa prétention en ces termes : *Quidquid paret Mævium Titio dare facere oportere* (Gaïus, IV, 41), formule vague, dont l'emploi lui est avantageux en ce sens qu'il le préserve du péril éminemment romain de la *plus petitio*, puisque la somme réclamée n'y est pas précisée (Gaïus, IV, 54), mais offre en retour ce grave inconvénient qu'une seule demande aura pour effet de déduire tout entière en justice et de consommer définitivement sa créance, qui est unique, un même droit ne pouvant, d'après la rigueur des principes, servir de cause à deux actions successives (Gaïus, III, 180 et 181) ; de sorte que, tout en obtenant condamnation que pour ce qui se trouvera échu au jour de sa demande, il ne pourra plus rien demander à l'avenir *ex eâdem stipulatione* sans se heurter à l'exception *rei in judicium deductæ*. Voilà donc le stipulant dans cette singulière alternative ou d'attendre plus tard pour intenter son action et de

renoncer pour le moment à ce qui est échu, ou d'agir de suite et d'épuiser à jamais son droit pour les annuités futures.

Une situation aussi inique appelait un remède. On le trouva, nous apprend Gaïus, dans un moyen de procédure qui consistait dans l'insertion en tête de la formule d'une restriction ainsi conçue : *ea res agatur cujus rei dies fuit*. Cette restriction, qu'on appelait *præscriptio a parte actoris*, parce qu'elle intervenait dans l'intérêt du demandeur, avait pour effet, en concentrant la demande sur un ou plusieurs points déterminés, de limiter la portée de l'action à ce qui était réellement dû et permettait ainsi au créancier de conserver son droit intact pour les *futuræ obligationis præstationes* (IV, 131).

Après ce que nous avons dit plus haut du progrès qui avait été admis par la jurisprudence pour l'hypothèse d'une stipulation où le nombre des annuités est déterminé à l'avance, il n'est pas inutile de faire remarquer, pour bien montrer l'intérêt de la distinction, que, dans ce dernier cas, le demandeur n'a pas besoin d'avoir recours à l'insertion d'une *præscriptio* dans la formule : la stipulation donnant naissance à autant de créances qu'il y a d'annuités prévues, chacune a pour objet une somme d'argent déterminée d'une manière précise, *aliquid certum*. Le créancier pourra donc, à l'échéance de la première annuité, exercer la

condictio certi, sans compromettre en rien son droit d'exiger les annuités ultérieures. S'il a stipulé, par exemple, dix sous d'or par an, il posera ses conclusions en ces termes précis : *Si paret Mævium Titio decem aureos dare oportere* (Gaïus, IV, 41), condition qui, vérifiée, entraînera la condamnation du défendeur, et, non vérifiée, son absolution. Aussi le demandeur devra-t-il bien se garder de réclamer onze, alors qu'il n'a stipulé que dix, car, s'il n'est reconnu créancier que de dix, la condition qui tenait la condamnation en suspens ne s'accomplissant pas, l'absolution du défendeur sera nécessairement prononcée, et, en vertu de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, il ne pourra plus renouveler son action, même en la restreignant à dix ; en effet, dix étant compris dans onze, il a déduit *in judicium* son droit et l'a par suite épuisé (Inst., 33 *in principio*, *De actionibus*, IV, 6). C'est là un danger que n'avait pas à redouter, ainsi que nous l'avons montré, celui qui stipulait une série de prestations périodiques en nombre indéterminé.

20. De l'unité de la créance que nous étudions en ce moment, il faut tirer, avec Pomponius (*loc, cit.*), cette autre conséquence qu'elle se perpétue. Il est de principe, en effet, dans le droit civil, qu'une obligation une fois née est naturellement perpétueile, ce qui veut dire que nul laps de temps

ne suffit par lui-même à l'éteindre, le temps n'ayant pas de prise sur un rapport juridique. Le promettant se trouve donc, en l'espèce, tenu perpétuellement à fournir dix sous d'or chaque année, car, en conservant son existence, l'être juridique qui forme la créance du stipulant ne cesse pas d'accomplir sa fonction normale qui consiste à engendrer des annuités successives de dix sous d'or. Et cela est vrai absolument et à toutes les époques, même après que, dans la législation du Bas-Empire, Théodose le Jeune eut décidé que les actions jusque là perpétuelles se prescriraient par trente ans (Loi 3, C., *De præscr. trig. vel quadr. ann., VII, 39)*; en effet, chaque paiement d'annuité effectué par le promettant interrompt la prescription, car il implique de sa part une reconnaissance de la créance du stipulant (Arg. loi 8, p. 4, C., *De præscr. trig. vel quadr. ann.)*. Du reste, la prescription, qui n'est qu'un mode anormal d'éteindre une obligation, ne saurait altérer, dans son principe, le caractère de perpétuité de la créance.

21. En résumé donc, la stipulation dont nous venons d'examiner les conséquences juridiques engendre au profit de Titius le droit d'exiger à perpétuité de Mævius la prestation annuelle de dix sous d'or, c'est-à-dire ce que nous appellerions aujourd'hui un droit à une rente perpétuelle.

Prise en elle-même, cette stipulation, comme

toutes les autres, en raison de son caractère unilatéral, se présente à nous comme une opération à titre gratuit. Mais on comprend à merveille que l'obligation de Mævius pourrait avoir sa contre-partie dans une prestation fournie ou à fournir par Titius. Les hypothèses sont faciles à concevoir. — Les parties peuvent, par exemple, subordonner à la condition d'une dation à effectuer par le stipulant la formation de la créance : *Spondesne decem aureos in annos singulos, si ducentos dederim ?* — On peut aussi supposer que, pour réaliser une vente, elles recourent à deux stipulations distinctes, l'une ayant pour objet la *res* et l'autre le prix, ainsi que cela pouvait très-bien se faire en droit romain. « La forme verbale, dit M. Accarias (*Op. cit.*, t. II, n° 494), est assez élastique pour s'adapter à toute espèce d'opérations. Son domaine n'a pas d'autres limites que celui des obligations elles-mêmes, c'est-à-dire, selon la remarque des Institutes (3, *De divis stip.*, III, 18), que toute volonté de s'obliger peut se réaliser dans cette forme. Cela est tellement vrai, que là même où les parties ont la possibilité de faire un autre contrat, rien ne les empêche de recourir de préférence à la stipulation ; et, par exemple, le but qu'elles atteindraient par une simple vente, elles le réalisent tout aussi bien par deux stipulations, l'une ayant pour objet la chose et l'autre le prix

(Paul, loi 3, D., *De resc. vend.*, XVIII, 5). » Or, il n'est pas impossible qu'un prix de vente soit formé par une série de prestations périodiques de dix sous d'or, car il consiste en numéraire, il est désormais indépendant de la volonté des parties et rien ne s'oppose à ce qu'il soit sérieux. Nous pouvons donc sans difficulté considérer notre stipulation *in annos singulos* comme portant sur le prix et comme ayant sa contre-valeur dans la stipulation d'une *res* par Mævius. — La stipulation que nous étudions pourrait également être jointe à une dation : il suffit de supposer que, lors d'un transfert de propriété, l'*accipiens* s'engage *verbis* envers le *tradens* à lui payer dix sous d'or *in annos singulos*.

22. Il n'y a pas, d'ailleurs, que la stipulation qui puisse servir à réaliser juridiquement, suivant le droit romain, une créance de prestations périodiques à perpétuité (1). — Nous avons déjà vu, dans notre introduction, qu'à une certaine époque on pouvait obtenir ce résultat au moyen d'un contrat innommé. — De même, quand Justinien, généralisant une décision d'Antonin le Pieux, eut établi que la simple convention de donner, écrite ou non écrite, deviendrait par elle-même, entre

(1) Un texte de Pomponius, échappé aux ciseaux des compilateurs du Digeste, fait mention du contrat *litteris* comme pouvant donner naissance à une obligation *in annos singulos* (Loi 1, D., *De ann. leg.*, XXXIII, 1).

toutes personnes, une cause suffisante d'obligation (Inst., 2, *De donationibus*, II, 7), il n'est pas douteux que le donateur pouvait recourir à ce pacte légitime pour assurer au donataire un droit à des annuités successives. — Et, pour reprendre notre hypothèse d'une vente dont le prix consiste en une série de prestations annuelles, n'est-il pas de toute évidence que les parties eurent à leur disposition, quand le caractère consensuel du contrat de vente fut consacré légalement, le moyen d'opérer *solo consensu*, au profit du vendeur, la constitution à titre onéreux d'une créance portant sur une succession de prestations périodiques?

23. Voilà donc notre créance pouvant prendre sa source dans un contrat consensuel et partant de bonne foi. Cette nouvelle forme donnée au contrat constitutif ne va-t-elle pas avoir pour effet de modifier les caractères juridiques que nous avons assignés plus haut à l'obligation portant sur une série indéterminée de prestations périodiques? En d'autres termes, la créance du vendeur est-elle, en l'espèce, comme celle du stipulant, *una*, *incerta* et *perpetua?* Les textes manquent, à la vérité, pour nous permettre de répondre nettement à cette question; nous pouvons néanmoins essayer de la résoudre à l'aide des principes. La raison de douter vient de ce que nous n'avons plus ici un contrat de droit strict, dont le juge doit appliquer ri-

goureusement la lettre, mais un contrat de bonne foi, qui comporte une interprétation plus large, *ex æquo et bono*, d'après les circonstances et l'intention présumée des contractants. Or, dans l'hypothèse de la stipulation, quand nous avons voulu expliquer pourquoi la créance de Titius était *una*, nous nous sommes appuyé sur cette idée que le *strictum jus* s'opposait à ce qu'une seule et même formule engendrât une créance multiple. L'observation ne pouvant s'appliquer en aucune façon à un contrat de bonne foi, ne serait-il pas logique et conforme à la vérité des choses de dire que la créance de notre vendeur se décompose en une série de créances en nombre indéterminé, en une succession de petites créances de dix sous d'or qui naissent bien toutes ensemble et immédiatement, puisque la vente est ferme, mais qui ont chacune une vie propre et une exigilibité différente ? Ce serait peut être la seule réponse à faire, si nous n'avions pas ici à compter avec l'intention des parties. On ne saurait, en effet, sans méconnaître cette intention, admettre que les parties ont entendu que le vendeur acquerrait un nombre infini de créances distinctes, échelonnées quant à leur terme d'année en année. Quand on vend une chose moyennant une série de prestations périodiques à perpétuité, il n'est pas douteux que l'on considère ces prestations comme représentant moins une col-

lection de prix multiples, payables chacun à une échéance spéciale, que les intérêts d'un prix unique dont l'acheteur ne se dessaisit pas. En s'engageant à payer à perpétuité dix sous d'or par an, l'acheteur a dû songer à la somme totale représentant la valeur de l'objet fourni par le vendeur ; et c'est sur l'estimation approximative qu'il en a faite qu'il s'est nécessairement basé pour déterminer le taux de chacune des annuités par lui permises au vendeur. Aussi peut-on dire que, dans l'esprit des contractants, les annuités successives ne forment pas l'objet même de la créance du vendeur : l'objet de cette créance, c'est le capital imaginaire dont les parties ont eu la vision en contractant ; les annuités n'en sont que des produits engendrés périodiquement.

On arrive ainsi, sans recourir à des considérations subtiles, par la simple interprétation de la volonté des parties, à voir dans la créance du vendeur une créance unique, comme celle du stipulant.

Cette unité de la créance du vendeur nous conduit à décider qu'elle est *incerta*, car, si l'on connaît, au jour du contrat, la nature et la qualité de la chose due, on ne saurait évaluer avec précision sa quantité. Aussi le vendeur, comme plus haut le stipulant, agira-t-il sagement en faisant insérer dans la formule de l'action une *præscriptio*, pour obtenir les prestations échues sans compromettre les prestations à échoir.

De l'unité de la créance résultera également cette conséquence, dérivant déjà d'ailleurs de l'intention des parties, que l'acheteur devra payer à perpétuité dix sous d'or par an.

Nous sommes donc en présence d'un contrat de bonne foi produisant une créance de prestations périodiques *una*, *incerta* et *perpetua*, comme celle qui naît d'une stipulation. Il va sans dire que le résultat obtenu aurait été invariablement le même si, au lieu d'une vente, nous avions choisi, pour servir de base à notre raisonnement, un autre contrat de bonne foi, propre à engendrer un droit à des prestations périodiques en nombre indéterminé.

24. De tout cela on peut conclure que le jeu des principes du droit romain nous donne le moyen de constituer par contrat, avec une précision absolue, un droit produisant des effets identiques à ceux de notre rente perpétuelle. Nous venons de voir que ce droit peut être établi à titre gratuit ou à titre onéreux : il procède ainsi, suivant les circonstances, d'une stipulation, d'une vente ou de tout autre contrat, et se trouve soumis a la théorie du contrat qui lui a donné naissance. Qu'il y ait eu d'ailleurs ou qu'il n'y ait pas eu aliénation d'un capital comme contre-partie de l'établissement de la rente, peu importe ; ce qui est essentiel, ce qui

constitue la marque distinctive de la rente, ce sont le retour des annuités et la non-exigibilité du capital. Or, ces deux caractères se rencontrent avec une netteté remarquable dans les hypothèses que nous venons d'examiner théoriquement ; en ce qui concerne spécialement l'inexigibilité du capital, on peut dire qu'elle est la conséquence du contrat lui-même quand la rente provient d'une vente, et qu'elle va de soi en cas de stipulation, car il est de toute évidence que le stipulant ne pourrait demander le remboursement d'un capital qui n'existe pas en réalité, d'un capital purement imaginaire, inventé pour les besoins d'une explication juridique.

DEUXIÈME SECTION

PRATIQUE DU CONTRAT DE RENTE PERPÉTUELLE

25. Que les jurisconsultes romains aient eu la notion d'un être juridique engendrant à perpétuité des produits périodiques sans jamais s'épuiser lui-même, qu'ils aient connu et étudié théoriquement, en tant du moins qu'il procédait d'une stipulation, le droit que nous appelons aujourd'hui rente perpétuelle, c'est ce qu'on ne saurait révoquer en doute en présence du fragment de Pomponius et

des divers textes que nous avons cités à l'appui des explications qui précèdent. Voilà donc un fait acquis.

Il nous faut maintenant sortir du domaine de la théorie pure et rechercher s'il existe dans les documents qui nous sont parvenus des traces de combinaisons pratiques dans lesquelles les Romains auraient fait un emploi utile de l'instrument dont ils avaient la notion juridique.

Un de nos anciens jurisconsultes, Loyseau (*Des rentes*, liv. 1, ch. 6, n° 2) a cru trouver un exemple de rente constituée en perpétuel dans ce passage d'Ulpien : « *Si bene collocatæ sunt pecuniæ publicæ, in sortem inquietari debitores non debent : et maxime, si pariant usuras : si non pariant, prospicere reipublicæ securitati debet præses provinciæ* » (Loi 33, pr., D., *De usur.*, XXII, 1). Mais il n'y a là, à notre avis, qu'un simple conseil adressé par Ulpien aux administrateurs des cités. « Ces sommes étant destinées à être placées à intérêt, dit fort justement Pothier (*Const. de rente*, n° 7), il était inutile de les répéter d'un bon débiteur qui en payait bien les intérêts, pour les placer chez une autre personne. D'ailleurs cette conduite des administrateurs était avantageuse aux villes, en ce qu'elle servait à leur faire trouver plus facilement à placer leur argent, les débiteurs étant assurés qu'on ne les presserait pas pour la restitution du principal. »

Nous en dirons autant de la première phrase de la loi 2, au Code, *De debit. civ.* XI, 32 : « *Apud eos, quos superstites integris facultatibus esse perviderіs : vel quorum heredes incolumia retinent patrimonia, sortes reipublicæ perseverare debebunt : ita tamen, ut annuas usuras suis quibusque temporibus exsolvant : cum simul et reipublicæ utile sit retinere idoneos debitores : et ipsis sil commodum, cumulum debiti minime nutriri.* » Ce texte veut dire simplement, comme le précédent, qu'il est d'une sage administration de ne pas exiger des bons débiteurs les capitaux des cités, qui se trouvent entre leurs mains, tant qu'ils en payent régulièrement l'intérêt annuel à l'échéance. Ajoutons d'ailleurs, avec Pothier (*op. et loc. cit.*), que cette injonction même est la preuve qu'il ne s'agit pas là de constitutions de rente, « car si les débiteurs des villes eussent été des débiteurs de rentes constituées, dont le principal, par la nature du contrat, n'est pas exigible, il eût été inutile de recommander aux administrateurs de ne les pas exiger, et d'en faire une règle de bonne administration ».

26. C'est avec plus de raison que Dumoulin (*De usuris, Quæst.* 75) trouve dans la Novelle 160 de Justinien un vestige de contrat de constitution de rente, pratiqué au VI^e^ siècle de notre ère. L'hypothèse à laquelle se réfère la Novelle est la suivante :

« Comme une assez forte somme en or avait été léguée par des citoyens à la république d'Aphrodise, pour que cette somme ne dépérît pas, quelques-uns des administrateurs de la république la placèrent de façon que celui qui la reçut payât chaque année à la cité, pendant tout le temps qu'il l'aurait entre les mains, une certaine redevance, quel que soit le nom qu'on lui donne, *sive quis id pactum, sive reditum, sive etiam usuram appellare velit.* » Les débiteurs, pour ne plus continuer le service de la redevance, prétendirent que les intérêts devaient s'arrêter parce qu'ils avaient doublé le capital ; ils s'appuyaient, à cet effet, sur une constitution rendue par Justinien lui-même, « *ne creditoribus permittatur ut debitum ultra duplum exigere* » (Nov. 121 et 138). Mais l'empereur, consulté sur cette contestation, décida qu'ils devaient continuer à payer la *pensio* annuelle à la cité, tant qu'ils détiendraient les deniers, attendu que sa constitution n'avait eu en vue que les créanciers de sommes prêtées à intérêt et que la prestation dont il s'agissait ressemblait bien moins aux intérêts d'un prêt qu'à un revenu annuel : « *Illam etenim de creditoribus conscripsimus, et qui in ea comprehenduntur, casibus. Præsens vero species illam non attingit : siquidem hoc magis annuo reditui, quam usurarum præstationi simile videtur.* »

Telle est l'espèce prévue par la Novelle 160, dont le commentaire nous est donné par Pothier (*Const. de rente*, n° 8). Il serait malaisé de prétendre qu'elle ne présente pas l'analogie la plus frappante avec notre contrat de constitution de rente perpétuelle. N'y trouve-t-on pas, nettement esquissée, la physionomie caractéristique de la rente, c'est-à-dire un capital inexigible qui engendre des prestations périodiques? On ne saurait, en effet, sérieusement soutenir, que la non-exigibilité du capital ne se trouve nullement indiquée dans ce texte, car, bien que Justinien n'en fasse pas mention, elle se devine, elle est sous-entendue. Est-il dit quelque part dans la Novelle qu'on pourra exiger des débiteurs la restitution des deniers qu'ils détiennent? Est-il question d'un terme pour le remboursement, comme il est d'usage d'en assigner en matière de prêt? Évidemment non. « C'était, dit Pothier (*loc. cit.*), un contrat par lequel ils s'étaient obligés seulement à payer un revenu annuel, jusqu'à ce qu'il leur plût de rendre la somme, qu'on ne pouvait pas exiger d'eux; ce qui est notre contrat de constitution de rente. »

Du reste, ainsi que nous le disions par avance dans notre introduction (V. *suprà*, n° 1), on ne conteste pas en général la ressemblance qui existe entre notre contrat de rente perpétuelle et la combinaison développée par Justinien. M. Accarias

n'hésite pas à employer l'expression *arrérages de rentes* pour désigner les prestations périodiques dont il est ici question (*Op. cit.* t. II, p. 1141, note 4 *in fine*), et Troplong, le célèbre adversaire de l'origine romaine de la rente viagère, va jusqu'à dire en parlant de la Novelle 160 : « Il est fort probable que le souvenir et l'étude du droit romain ont fait naître de ce texte la pratique des rentes constituées » (*Du prêt.* nº 417).

27. Ce point mis hors de conteste, nous croyons fermement que l'espèce rapportée par Justinien n'est qu'un simple exemple d'une combinaison qui devait être quelque peu pratiquée pour le placement des fonds municipaux, car, dans les conditions où elle intervenait, elle présentait sur le prêt à intérêt un grand avantage et pour les cités et pour les particuliers. En effet, ceux-ci trouvaient en elle un moyen de se procurer l'argent dont ils pouvaient avoir besoin, sans avoir à craindre qu'on les pressât pour le remboursement. Quant aux cités, en raison même des commodités offertes aux détenteurs, elles n'étaient pas en peine de placer leurs capitaux et avaient ainsi la certitude d'en retirer un revenu clair et liquide. Aussi ce mode de placement devait-il être fort recherché par les administrateurs des cités, et cela d'autant plus que l'inconvénient propre de l'inexigibilité du capital, que nous signalions dans notre première partie

(V. *suprà*, nº 8), n'existe plus ou est bien peu sensible quand le crédi-rentier est une ville, car celle-ci n'a pas à redouter, comme un particulier, des besoins imprévus d'argent : ses biens sont, en principe, destinés à lui procurer des revenus périodiques. Ajoutons avec M. Jacques (*Revue critique*, t. X, p. 31), que « si le fait avait présenté quelque chose d'extraordinaire, Justinien, avec son caractère vaniteux et cette légomanie qui le distingue, n'eût pas manqué de dire que, *de sa bouche divine et sacrée*, il allait rendre un *nouvel oracle :* loin de là, la chose lui parut tout simple, et sa décision est marquée au même coin de simplicité ».

28. Il est vraisemblable, au surplus, qu'il n'y avait pas que les cités qui fissent usage de la rente constituée en perpétuel. Voici un texte dont nous croyons pouvoir inférer avec quelque certitude, par cela même qu'il n'y est plus question du placement de fonds appartenant à des cités, plus généralement de *pecuniæ publicæ* quelconques, que le contrat de constitution de rente intervenait parfois dans les rapports des particuliers entr'eux : « *Ex facto etiam consultus cum convenisset*, Ut donec usuræ solverentur, sors non peteretur, *et stipulatio pure concepta fuisset; conditionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset* (Paul, loi 4, p. 3, D., *De pactis*, II, 14). En fait une somme d'argent ayant été stipulée purement et simple-

ment, il a été convenu entre les parties que tant que les intérêts seraient régulièrement servis, le capital ne pourrait être exigé. Il y a là ce qu'on appelle un pacte adjoint *in continenti* à une stipulation. La question sur laquelle Paul est consulté est celle de savoir si ce pacte reste en dehors du contrat et demeure dépourvu de sanction, ou s'il doit être réputé compris dans la stipulation, *inesse stipulationi*, et, par suite, garanti par son action. Réagissant contre le rigorisme du droit civil, qui voulait qu'en une stipulation, contrat de droit strict, l'obligation créée ne pût aller au delà ni rester en deçà des *verba*, le jurisconsulte répond qu'il y a dans ce pacte une condition qui fait obstacle à la demande, comme si elle eût été exprimée dans la stipulation elle-même, une véritable clause du contrat. C'est l'application des mêmes règles que dans les contrats de bonne foi (Ulpien, loi 7, p. 5, D., *De pactis*). On a dit, il est vrai, que la solution admise par Paul ne s'expliquait que parce qu'il s'agissait en l'espèce d'un pacte fait pour diminuer l'obligation : sa réponse n'eût pas été la même si la question se fût posée sur un pacte tendant à la grossir. Mais, à notre avis, la nature spéciale du pacte prévu dans notre texte ne saurait restreindre la portée absolue d'un principe général. Or, ce principe général, sur lequel nous n'avons pas d'ailleurs à insister, nous le trouvons dans un

autre texte du même jurisconsulte, où nous lisons : « *Pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur...* » (Loi 40, D., *De reb. cred.*, XII, 1). Pourquoi ferions-nous une distinction, alors que Paul n'en fait aucune ? (1).

Au point de vue spécial qui nous occupe, le texte de Paul est surtout intéressant en ce qu'il nous montre une opération pouvant s'analyser en une véritable constitution de rente perpétuelle. Le caractère fondamental de la rente, la non-exigibilité du capital, ne saurait être, en effet, désignée en termes plus nets, plus précis : le créancier ne pourra pas exiger le remboursement tant que les arrérages lui seront régulièrement payés. Est-il possible d'exprimer plus clairement que le créancier est sans droit sur le capital lui-même, qu'il ne peut exiger du débiteur que des prestations périodiques ? Et il en sera ainsi tant que le débiteur continuera à remplir ses obligations, c'est-à-dire pendant un temps illimité, ou du moins pendant une durée dont on ne saurait prévoir le terme. C'est bien là notre rente perpétuelle. Si un doute pouvait subsister à cet égard, le rapprochement que nous ferons plus loin entre les effets des deux opérations suffira à le lever complètement (V. *infrà*, nos 30 et 31).

(1) V., sur cette question controversée : *Sic*, M. Accarias, *op. cit.*, t. II, no 646. — *Contrà*, Vernet, Text. chois. sur les oblig., pp. 44 et s.

29. La conclusion qui ressort jusqu'à l'évidence des textes que nous venons d'étudier, c'est la preuve que les Romains ont connu et pratiqué la constitution de rente perpétuelle telle que nous la comprenons aujourd'hui.

Le fragment de Paul nous montre ce droit prenant naissance dans un pacte adjoint *in continenti* à une stipulation.

Quant à la Novelle 160, elle ne s'explique pas sur la nature du contrat générateur de la rente. Peut-être s'agit-il également en l'espèce d'un pacte ajouté *in continenti* à une stipulation. La stipulation des sommes prêtées était, en effet, d'un usage très-répandu à Rome (1). Peut-être aussi pourrait-on y voir un pacte directement ajouté *in continenti* à un *mutuum*. Il est vrai que, dans cette dernière hypothèse, il était encore de règle sous Justinien que le *mutuum* d'argent excluait tout pacte par lequel le débiteur s'engageait à restituer plus qu'il n'avait reçu (Ulpien, loi 11, p. 1, D., *De reb. cred.*, XII, 1 ; Paul, loi 17, pr., D., *De pactis*) ; mais nous ne croyons pas qu'on puisse assimiler, à cet égard, les arrérages d'une rente à des intérêts, et dire que la situation du débiteur est aggravée, parce que la créance, naissant du *mutuum* au profit du *tradens* se trouve paralysée par un pacte qui lui substitue un droit à un re-

(1) V. M. Accarias, *op. cit.*, t. II, nº 588, 3º.

venu annuel : il nous semble plus juste, au contraire, de considérer ce pacte comme diminuant l'obligation du débiteur. N'est-ce pas au fond une situation analogue à celle qui est prévue par Paul dans le cas d'un pacte adjoint à une stipulation? Cela importe peu, au demeurant, puisqu'il était admis, par exception à la règle générale, qu'un pacte suffirait pour faire courir les intérêts dans les prêts faits par les cités, ce qui est précisément notre cas (Paul, loi 30, D., *De usuris*, XXII, 1).

Pas n'est besoin, d'ailleurs, de faire intervenir ici l'idée d'un pacte adjoint à un *mutuum*. Ce dernier mot sert, en effet à désigner un contrat par lequel l'une des parties transfère la propriété d'une certaine quantité de choses fongibles à l'autre partie, qui s'engage à lui en rendre autant (Inst., pr., *Quibus modis re contrahitur obligatio*, III, 14). Or, dans l'espèce qui nous occupe, les débiteurs de la république d'Aphrodise ne se sont pas précisément engagés à lui rendre une somme en or égale à celle qu'ils avaient reçue, mais plutôt à lui payer un revenu annuel, sauf à rendre éventuellement la somme s'ils ne le payaient pas. Aussi est-il fort probable qu'il s'agit là simplement d'un de ces pactes synallagmatiques que se transformaient en contrat par l'exécution qu'ils recevaient de l'une des parties : les administrateurs de la

république, en accomplissant la *datio* de la somme qu'ils avaient promise dans un pacte antérieur, ont vivifié ce pacte et l'ont rendu désormais obligatoire pour celui qui leur avait promis en retour une série de prestations périodiques (Ulpien, loi 7, p. 2, D., *De pactis*). Cette conception nous semble très-plausible.

Quelle que soit, du reste, la nature du contrat constitutif de la rente dans les hypothèses que nous venons d'examiner, il est à peine utile de faire remarquer que le droit d'exiger les prestations périodiques y est invariablement sanctionné par une action *incerta*. Cela tient à ce que la rente perpétuelle, autrement dit le droit à une série infinie de prestations périodiques, est considéré comme formant une créance unique, dont les arrérages ne sont que des produits et dont le montant est indéterminé. Il n'y a là, au surplus, que l'application des principes que nous avons développés dans la section précédente : ce sont les mêmes règles et les conséquences à en déduire sont identiques.

30. Nous devons cependant, avant de passer à un autre ordre d'idées, dire quelques mots d'une conséquence intéressante qui se déduit de ce fait que, dans les deux combinaisons dont les textes nous attestent l'usage, le créancier n'a consenti à ne pas exiger le capital que pour acquérir une

créance utile d'arrérages. La logique et l'équité veulent, dans ces conditions, que le pacte soit considéré comme non avenu et que le capital puisse être exigé, si le débiteur manque à son engagement, s'il ne paie pas ou cesse de payer les prestations périodiques qu'il a promises, si, en un mot, il trompe le créancier dans son attente. Ce résultat est bien celui qui ressort du texte de Paul, où il est expressément énoncé que le stipulant ne pourra pas demander le capital, tant que les arrérages lui seront payés, ce qui veut dire, à n'en pas douter, que le capital deviendra exigible, si le promettant ne sert pas ou cesse de servir les arrérages. Le texte de la Novelle 160 est moins explicite, mais la solution doit être la même, sans qu'il y ait lieu de faire à cet égard une distinction entre le cas où la créance d'arrérages aurait pris naissance dans un pacte ajouté *in continenti* à une stipulation ou à un *mutuum*, et celui où elle proviendrait d'un contrat innommé. Dans la première hypothèse, en effet, le pacte adjoint intervient dans le but de paralyser le droit qui appartient *jure civili*, en vertu du contrat, au stipulant ou au *tradens*, d'exiger le capital : tant que le débiteur l'exécute régulièrement, le créancier, qui l'a accepté, se verrait repoussé par l'exception *pacti conventi*, s'il s'avisait de réclamer l'exécution même de la stipulation ou du *mutuum* ; mais il

en serait autrement si le débiteur manquait à son engagement, car alors, à l'exception *pacti conventi*, le créancier pourrait sans aucun doute opposer avec succès une *replicatio doli* (Cf. Loi 3, C., *De exc.*, VIII, 36). Dans la seconde hypothèse, celle d'un contrat innommé, et c'est bien visiblement la vraie, ainsi que nous l'avons expliqué, le même résultat peut être obtenu par le créancier, non plus au moyen d'une exception, mais d'une façon directe, par l'action même du contrat. On sait, en effet, que, dans le dernier état de la jurisprudence romaine, la partie qui a exécuté a, si l'autre ne remplit pas son engagement, l'option entre deux actions : l'action *præscriptis verbis*, qui lui permet d'obtenir l'exécution de la prestation correspondante ou la réparation du préjudice que lui cause l'inexécution, et la *condictio ob rem dati* au moyen de laquelle elle peut reprendre la prestation qu'elle a fournie, pourvu toutefois que cette prestation consiste dans une *datio*, ce qui est notre cas, ou dans un fait juridique susceptible d'être anéanti. En d'autres termes, elle choisit entre l'exécution et la résolution du contrat (Paul, loi 5, pp. 1 et 2, D., *De præscriptis verbis*, XIX, 5).

31. L'application des mêmes idées se retrouve dans notre droit français : si le débiteur de la rente ne remplit pas ou cesse de remplir ses obligations pendant deux années, l'article 1912 du Code civil

autorise le créancier à exiger la restitution du capital. Mais c'est une question débattue de savoir si cette résolution s'opère de plein droit, par le seul fait du défaut de paiement des arrérages, ou si elle ne peut résulter que d'une décision judiciaire. Sans entrer dans les détails de cette controverse, qui trouvera sa place dans nos positions, nous n'hésitons pas à nous prononcer dans le sens d'une résolution qui n'a pas lieu de plein droit. Avec une opinion qui s'accrédite de plus en plus dans la doctrine, nous voyons dans l'article 1912 une application particulière de l'article 1184, application faite à un contrat qui, s'il n'est pas synallagmatique, est du moins intéressé de part et d'autre et suppose une réciprocité de services (1).

Aussi, dans notre hypothèse, le crédi-rentier a-t-il, selon nous, le choix ou de forcer le débi-rentier à l'exécution de la convention, ou d'en demander la résolution. C'est, on le voit, la solution qui avait été admise par la jurisprudence romaine à l'égard des contrats innommés.

Profitons de cette incursion dans le droit français pour signaler, dans notre législation, un caractère essentiel de la rente constituée en perpétuel que nous n'avons pas eu l'occasion de mentionner

(1) V. notam. MM. Pont, *Petits contrats*, I, nº 348 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VIII, nº 123 *bis*, I ; Demolombe, *Cours de Code civil*, t. XXV, nos 492 à 494.

à propos du droit romain, mais qui pourrait fort bien s'y rencontrer : c'est la faculté qui appartient au débiteur de rembourser au créancier le capital de la rente et de s'affranchir ainsi du service des arrérages. Cette faculté tient à ce que le Code civil, uniquement préoccupé des circonstances dans lesquelles on recourut, dans l'ancien droit, à la constitution de rente perpétuelle, a eu le tort de ne voir dans cette opération qu'une variété du prêt à intérêt. Or, le prêt implique l'idée d'un remboursement (M. Pont, *op, cit.*, I, nos 339 et 340). La théorie romaine nous conduirait évidemment à la même conséquence, si nous supposions le droit à des annuités perpétuelles prenant naissance dans une opération qui ne serait au fond qu'un véritable contrat de prêt à intérêt. Si nous voyons, par exemple, dans la Novelle 160, un *mutuum* auquel on a adjoint *in continenti* un pacte, pour empêcher, *donec usuræ solverentur*, l'exercice de la *condictio ex mutuo*, il est incontestable que le débiteur peut renoncer au bénéfice de ce terme illimité, présumé dans son intérêt jusqu'à preuve contraire (Ulpien, loi 17, D., *De reg. jur.*, L, 17), et, partant, s'affranchir du paiement des prestations périodiques, en remboursant le capital (Cf. Pothier, *Const. de rente*, n° 8 *in fine*). Mais nous n'irions pas jusqu'à admettre que la solution dût être la même s'il apparaissait, d'après les circonstances, que le terme

illimité n'a été inséré que dans l'intérêt du créancier. Notre Code civil en a décidé autrement, mais pour des raisons spéciales, difficiles à justifier.

32. D'autres rapprochements, également intéressants pourraient être faits entre le droit romain et le droit français, à propos du contrat de constitution de rente perpétuelle. Nous ne nous y arrêterons pas, car les éléments que nous venons de recueillir sont plus que suffisants pour nous permettre d'affirmer que notre rente perpétuelle a son origine dans le droit romain. Il est vrai que les monuments de la législation romaine ne fournissent pas à l'appui de notre thèse des textes nombreux et variés. Mais le nombre des observations n'a qu'une importance secondaire ; il nous suffit qu'elles présentent exactement les caractères que nous cherchons, car nous avons simplement pris à tâche de démontrer que la rente perpétuelle nous vient des Romains, sans vouloir prétendre aucunement qu'elle ait été à Rome d'un usage très-répandu.

En raison de l'emploi peu fréquent des rentes perpétuelles dans la pratique romaine, on conçoit à merveille que les auteurs, éblouis par le brillant développement de cette institution dans notre ancien droit coutumier, se soient en général refusés à en faire remonter l'origine jusqu'au droit romain et aient attribué le mérite de son invention

aux jurisconsultes de l'époque féodale. La vérité est qu'au Moyen âge, lorsque, par suite du faux principe de la stérilité de l'argent, le prêt à intérêt fut devenu, de la part du clergé et des rois, l'objet d'une sévère prohibition, on fut bien aise, pour la tourner, de découvrir dans le droit romain une combinaison offrant à peu près les mêmes avantages et permettant d'arriver au même but, tout en respectant les scrupules des théologiens : cette combinaison, c'est la rente perpétuelle. Au droit romain revient, selon nous, l'honneur de l'avoir créée, au droit coutumier, celui de s'en être servi et de l'avoir popularisée.

TROISIEME SECTION

LEGS DE RENTE PERPÉTUELLE

33. En matière de testaments, il importe avant tout de rechercher ce qu'a voulu le testateur : « *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur* » (Paul, loi 12, D., *De reg. juris*, L. 17). Or, en règle générale, quand un testateur fait un legs, il agit *intuitu personæ legatarii*, c'est-à-dire dans un esprit de bienveillance pour la seule personne du légataire, sans préoccupation des successeurs de celui-ci. Aussi, contrairement à ce qui a lieu en matière de contrats, où l'on est censé stipuler pour soi et pour ses héritiers, la rente léguée

est-elle présumée viagère, à moins que le caractère de perpétuité ne lui soit expressément attribué par le testateur ou ne résulte clairement des circonstances de la libéralité. Cette différence entre le contrat et le legs *in singulos annos* a été formulée avec netteté par Pomponius dans le texte célèbre que nous connaissons déjà : « *Stipulatio hujusmodi*, In annos singulos, *une est, et incerta, et perpetua : non quemadmodum simile legatum morte legatarii finiretur* » (Loi 16, p. 1, D., *De verb. obl.*, XLV, 1). Nous y reviendrons à propos du legs de rente viagère.

34. Ce n'est qu'en présence d'une volonté contraire formellement exprimée que la rente léguée cesse d'être réputée viagère. Ainsi, d'après une loi de Justinien, la rente doit être considérée comme perpétuelle, si le testateur a disposé en faveur du légataire et de ses héritiers : « *In annalibus legatis, vel fideicomissis quæ testator non solum certæ personæ, sed et ejus heredibus præstari voluit, eorum exactionem omnibus heredibus, et eorum heredum heredibus servari pro voluntate testatoris præcipimus* » (Loi 22. C., *De leg.*, VI, 37). Le sens de ce texte est confirmé par ce passage d'Ulpien : « *Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ulteriores refertur : nam et heredis heres, et deinceps, heredis appellatione continetur* » (Loi 65, D., *De verb. signif.*, L., 16).

Le caractère de perpétuité doit encore être attaché à la rente léguée, quand le légataire est une personne civile, l'existence d'une personne civile n'étant point bornée dans sa durée. C'est ce qu'on décide notamment dans l'hypothèse d'un legs fait en faveur d'une cité pour l'entretien de jeux qui se célébraient tous les quatre ans (Marcien, loi 24, D. *De ann., leg.*, XXXIII, 1) : « *Cum erat certa pecunia, id est, centum, reipublicæ Sardianorum relicta per quadriennium certaminis Chrysantiani : divi Severus et Antoninus rescripserunt, videri perpetuam pensationem reliquisse testatorem per quadriennium; non in primum quadriennium.* » Modestin se prononce dans le même sens à propos d'un *annuum fidei commissum* fait également à une cité pour l'entretien de jeux annuels : « *Modestinus respondit, fidei commissum quotamis in perpetuum reipublicæ prestandum esse.* » (Loi 6, D., *De ann. leg.*). En thèse générale, d'ailleurs, cette solution s'impose quand il s'agit d'une disposition ayant pour objet un service périodique et perpétuel. Tel est l'avis exprimé par Scævola au cas d'une disposition faite dans le but de pourvoir, chaque jour de marché, à la garde et au culte d'un temple (Loi 20, p. 1, D., *De ann. leg.*). Marcien en dit autant du legs d'une somme devant servir à des distributions de pain pour un anniversaire (Loi 23, D., *De ann. leg.*).

35. Nous nous bornerons à ces exemples, car ce qui est surtout remarquable, ce qui constitue une notable différence avec la théorie des contrats et mérite particulièrement d'être mis en lumière, c'est la façon générale dont les Romains apprécient le legs qui a pour objet des prestations périodiques : que ce legs soit fait à perpétuité ou à vie, il est considéré, par interprétation de la volonté du testateur, laquelle, nous le savons, est ici souveraine, comme comprenant une pluralité de legs, autant de legs distincts qu'il y a de prestations périodiques à effectuer : « *Cum* in annos singulos *legatur*, dit Ulpien (Loi 10, D., *Quando dies leg.*, XXXVI, 2), *non unum legatum esse, sed plura, constat* ». Cette théorie a été spécialement imaginée, ainsi que nous le dirons plus loin (V. *infrà*, n° 64), en vue du legs de rente viagère, afin que le bénéfice n'en passât pas aux héritiers du légataire et qu'ainsi fût respecté le caractère exclusivement personnel de la libéralité testamentaire. Nous ne pensons pas cependant qu'il y ait lieu de faire, en ce qui la concerne, une distinction entre le legs de rente perpétuelle et le legs de rente viagère, car l'effet plus ou moins durable de la libéralité testamentaire n'empêche pas que celle-ci ne soit faite *intuitu personæ legatarii*, dans l'intérêt exclusif du légataire. Sans doute, au cas où la rente léguée est perpétuelle, il n'y aurait eu

aucun inconvénient à admettre l'unité de la disposition testamentaire, mais, comme il n'y avait plus aucun inconvénient à admettre la multiplicité, on comprend que les textes ne fassent aucune distinction entre les deux cas. Peu importe donc que le légataire soit une personne dont l'existence se prolonge en principe indéfiniment ou une personne naturellement mortelle. Il suffit que le terme fixé pour l'exécution du legs soit de lui-même sujet à un retour périodique. « Par cela seul, dit M. Van Wetter (*Cours élém. de Dr. rom.*, t. II, § 741), que le jour du marché revient toutes les semaines, que l'anniversaire revient tous les ans, que les jeux reviennent tous les quatre ans, et que ce retour périodique a lieu *naturellement*, de telle façon que le testateur n'a pu l'ignorer, on présume que ce dernier a voulu faire plusieurs legs et non pas un seul. »

Le premier de ces legs est pur et simple, car il n'y a pas de raison pour admettre ici une solution différente de celle qui est donnée par Paul à propos du legs de rente viagère (L. 4, D., *De ann. leg.*). Quant aux autres, on ne peut pas logiquement les considérer comme subordonnés à la condition de l'existence du bénéficiaire, puisque celui-ci est en principe immortel : il est plus vrai de dire, avec M. Van Wetter (*loc. cit.*), qu'il y a là des legs à terme.

36. Il en résulte que le legs d'une rente perpétuelle, legs à terme pour toutes les annuités autres que la première qui est pure et simple, s'ouvre (*dies cedit*) à l'instant même du décès du testateur pour tous les termes (Cf. Loi 22, C., *De leg.*, VI, 37), car on sait que l'ancien droit et le droit de Justinien placent à ce moment le *dies cedens* du legs pur et simple ou à terme; sous l'empire des lois caducaires, d'ailleurs abrogées par Justinien, cette époque avait été reculée jusqu'à l'*apertura tabularum*, mais le principe restait le même (Ulpien, R., XXIV, 31; L. unic., C., *De cad. toll.*, VI, 51).

Nous voici donc en présence d'une opération qui comprend une pluralité de legs ayant tous le même *dies cedens*, mais dont chacun n'est exigible (*dies venit*) qu'à l'échéance du terme auquel il se réfère, d'année en année, si nous supposons un *legatum annuum* (Paul, loi 21, pr., D., *Quando dies leg.*, XXXVI, 2).

Ceci bien établi, on peut facilement expliquer, au cas où le testateur a disposé en faveur du légataire et de ses héritiers, comment le legs de rente arrive à se perpétuer, sans blesser le principe en vertu duquel le légataire doit être vivant et capable au jour du *dies cedens*, pour que le legs ne reste pas inopérant (Ulpien, loi 4, pr., D., *Quando dies leg.*). En effet, au moment où se produit la

diei cessio, le légataire vivant et capable acquiert un droit éventuel à un nombre infini de legs ; le premier de ces legs étant pur et simple, son *dies venit* a lieu au jour de l'adition de l'hérédité ; le *dies venit* du second se place au commencement de la seconde année, celui du troisième, au commencement de la troisième année, et ainsi de suite pour les autres. Si, par hypothèse, le légataire meurt après l'arrivée du *dies venit* du quinzième legs, il transmettra à ses héritiers son droit éventuel à recueillir le seixième legs et les suivants, puisque l'effet de la *diei cessio* est de rendre transmissible le droit aux legs non encore exigibles (Ulpien, R., XXIV, 30 ; Loi 5, pr., D., *Quando dies leg.*). Aussi, à chaque échéance périodique, les héritiers du légataire recueilleront-ils le legs correspondant, jusqu'à ce qu'ils meurent à leur tour, auquel cas leur droit éventuel aux legs dont le *dies venit* n'est pas encore arrivé passera à leurs propres héritiers, et il en sera ainsi successivement *in perpetuum*.

37. Il est à peine besoin de dire que, s'il y a lieu d'exercer des poursuites contre l'héritier, c'est toujours une *condictio certi* que devra employer le légataire ; car, par cela même que le legs produit autant de créances que de termes, il n'y a pas de doute sur le montant de chacune de ces créances : leur nombre seul est inconnu. Et, comme

il y a autant d'actions distinctes et indépendantes que de créances, aucune *præscriptio* n'est nécessaire pour conserver le droit éventuel du légataire aux futures annuités.

38. Si maintenant, pour nous résumer, nous voulons formuler, à l'aide des termes qui nous sont connus, la double différence qui existe en droit romain entre le contrat et le legs de rente perpétuelle, nous dirons : la créance résultant du contrat est *una* et *incerta*, tandis qu'on trouve dans le legs *plura legata certa*.

D'où nous concluons que, si l'on veut analyser suivant le droit romain une rente perpétuelle, il faut avant tout se demander quel est le fait juridique qui lui a donné naissance. Si ce fait est un contrat, elle doit être considérée comme un être unique engendrant à perpétuité des produits périodiques sans jamais s'épuiser lui-même, tandis que, si c'est un legs, la rente n'a pas de capital : elle se compose d'une quantité infinie de petits legs qui forment autant de capitaux distincts. Aussi la question de l'exigibilité possible du capital de la rente ne se pose-t-elle pas en ce dernier cas : le légataire n'a jamais droit qu'au montant des legs échus.

APPENDICE

DES SOURCES ROMAINES DU BAIL A RENTE FONCIÈRE

39. Il est une forme particulière de contrat donnant naissance à une rente perpétuelle, dont on ne fait plus usage aujourd'hui, mais qui a joué un rôle important dans l'ancien droit français : nous voulons parler du *bail à rente foncière*.

Le bail à rente était un contrat par lequel un propriétaire cédait ses droits sur un immeuble, sous la réserve d'une redevance en argent ou en denrées que l'acquéreur s'obligeait à lui payer tant qu'il détiendrait l'immeuble aliéné (Pothier, *Du contrat de bail à rente*, n° 1). Cette redevance constituait, au profit du propriétaire, un droit réel retenu sur l'immeuble, *pars quædam dominii*, un véritable démembrement du droit de propriété. A l'origine, la rente foncière était à la fois une charge de l'immeuble et une obligation personnelle du preneur; mais il arriva un moment où l'immeuble fut considéré comme le véritable et seul débiteur de la redevance, le preneur n'étant plus tenu que *propter rem* : ce fut l'apogée de la rente foncière (1).

(1) Isambert, t. IX, p. 93; *Coutume de Paris*, art. 129 et 130; *Coutume d'Orléans*, art. 134 et 412.

Dans notre droit actuel, une rente peut bien encore avoir pour principe l'aliénation d'un immeuble, mais elle ne présente plus alors les caractères spéciaux qu'elle avait dans l'ancien droit : ce n'est plus qu'une simple créance d'arrérages, comme la rente qui est acquise moyennant l'aliénation d'un capital mobilier. Au fond, les deux rentes ont aujourd'hui la même nature, bien qu'elles soient soumises sur quelques points de détail à des règles particulières (C. civ., art. 529, 530, 1911).

40. Quoiqu'il en soit, on peut se demander si la théorie du bail à rente a été empruntée au droit romain par les jurisconsultes de l'époque coutumière.

S'il faut en croire Portalis, l'origine des rentes foncières est très-ancienne : « Elle remonte chez les divers peuples de l'Europe jusqu'au premier établissement de la propriété. Des guerriers, qui avaient conquis de vastes territoires qu'ils ne pouvaient ou ne voulaient cultiver eux-mêmes en faisaient la concession à des cultivateurs moyennant une redevance annuelle en fruits ou en argent » (Locré, t. VIII, p. 98).

Au point de vue spécial qui nous occupe, nous n'oserions pas affirmer que la rente foncière remonte jusqu'au droit romain, mais nous croyons qu'il n'y a rien d'exagére à émettre l'idée que cette

institution, avec le caractère particulier qu'elle a pris dans un dernier état, pourrait bien n'être que le terme d'une longue évolution juridique dont le point de départ se placerait dans le droit romain.

41. Les Romains pratiquèrent de bonne heure les tenures à long terme, sous la forme de concessions de terrains publics faite à perpétuité ou pour un temps fort long, moyennant une redevance annuelle appelée *vectigal*; l'*ager publicus* ainsi affermé devenait l'*ager vectigalis* (Paul, loi 1, pr., D., *Si ager vectig.*, VI, 3). Le preneur acquérait un droit, *jus in agro vectigali*, qui, tant que la redevance était régulièrement payée, ressemblait à la propriété, droit transmissible soit à titre universel, soit à titre particulier (Gaïus, III, 145), susceptible d'hypothèque (Paul, loi 16, p. 2, D., *De pign. act.*, XIII, 7), d'usufruit (Ulpien, loi 1, pr., D., *Quib. mod.*, VII, 4), pouvant être réclamé par une action analogue à la revendication (Paul, loi 12, p. 2, D., *De publ.*, VI, 2), etc. Aussi arrivat-on facilement à y voir une sorte de droit réel procurant au preneur contre tout le monde, même contre le propriétaire, une action *in rem* utile (Paul, lois 1, 2 et 3, D., *Si ager vectig.*), et engendrant une véritable profession protégée par des interdits (Macer, loi 15, p. 1, D., *Qui satisd. cog.*, II, 8).

Vers le quatrième siècle de notre ère, l'usage de

ce mode d'exploitation s'étendit aux domaines privés des empereurs, *fundi patrimoniales (De fund. patrim.*, C., XI, 61); enfin aux biens des particuliers, sous le nom d'*emphytéose* (Ulpien, loi 3, p. 4, D., *De reb. eor. qui sub, tut.*, XXVII, 9; Loi 13, C., *De præd. minor.*, V. 71), qui devint bientôt le seul nom usité, quel que fût le propriétaire.

On sait les hésitations des jurisconsultes romains sur la nature de la convention d'emphytéose : était-ce un louage ou une vente? L'intérêt de la controverse résidait dans la solution à donner à la question des risques : la chose venant à périr par cas fortuit, l'emphytéote ne devait plus rien, s'il y avait louage; il devait au contraire continuer le service de la redevance, si on assimilait l'emphytéose à la vente. Gaïus, qui rapporte cette controverse, nous apprend que c'est la première opinion qui l'emporta parmi ses contemporains (III, 145).

Néanmoins, cette solution était loin d'être conforme à une saine interprétation de la volonté des parties, la controverse se prolongea jusqu'à la fin du V^e^ siècle, époque où une célèbre constitution de l'empereur Zénon trancha les doutes en faisant de la convention d'emphytéose un contrat *sui generis* (Loi 1, C., *De jur. emph.*, IV, 66).

Mais l'empereur omit d'en tracer les conditions

et les effets, qui ne présentaient pas, d'ailleurs, de véritables difficultés dans la pratique ; il se borna à déclarer qu'en l'absence de convention entre les parties, il fallait mettre la perte totale à la charge du propriétaire, qui ne pourra plus exiger le canon, et la perte partielle à la charge de l'emphytéote, qui ne pourra prétendre à aucune réduction du canon (Inst., p. 3, *De locatione et conductione*, III, 24).

42. Si étendus que fussent les droits de l'emphytéote, ils se distinguaient cependant de ceux d'un véritable propriétaire : il n'y avait toujours qu'une location et non un transfert de propriété. Il est vrai que cette distinction, facile à saisir quand l'emphytéose était temporaire, devenait délicate quand elle était perpétuelle, mais il restait encore cette nuance que l'emphytéote devait entretenir le fonds en bon père de famille et ne pouvait l'aliéner, au moins depuis Justinien, sans adresser au propriétaire notification des offres qu'on lui faisait, sous peine de rester tenu vis-à-vis de celui-ci et de ne pouvoir se substituer comme obligé son acquéreur (Loi 3, C., *De jur. emph.*). Il va de soi, d'ailleurs, qu'il ne transmettait au cessionnaire qu'un droit semblable au sien, un simple droit d'emphytéose avec les obligations y afférentes, et non un droit de propriété.

43. A côté de l'emphytéose, d'autres tenures à

long terme, qui présentaient avec elle les rapports les plus étroits, s'étaient également développées, sous l'empire de la nécessité qui poussaient les empereurs romains à multiplier les concessions de leurs domaines, afin de combattre la dépopulation et la stérilité du sol, devenues de véritables fléaux au Bas-Empire. Parmi ces tenures, il y en avait une qui, au point de vue où nous nous plaçons, mérite une mention : nous voulons parler du *jus privatum salvo canone*. Les fonds *empti privato salvo canone* étaient des terres du domaine impérial qui passaient en toute propriété dans le domaine d'un particulier, *ad jus privatum*, avec cette circonstance spéciale et essentielle que, dans l'intérêt du prince, pour éviter la dissipation possible des sommes provenant de ces aliénations, une partie du prix consistait toujours en une redevance perpétuelle (Lois 9, 10 et 13, C., *De fund. patrim.*, XI, 61). Cette particularité, qui n'est énoncée formellement par aucun texte, semble résulter de la constitution de Théodose et Valentinien qui défend absolument l'aliénation des fonds patrimoniaux *dempto canone*, c'est-à-dire pour un prix ferme (1).

Le droit ainsi concédé n'est autre que le droit de propriété, *fundorum dominus*, est formellement : la qualification de propriétaire, donnée à l'ac-

(1) Loi 7, C., *De fund. rei priv.*, XI, 65. — V. M. Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles*, p. 149.

quéreur dans la loi 12 (C. *De fund patrim.*), qui l'autorise à affranchir les esclaves attachés au fonds ; il est soumis à l'impôt foncier (Lois 2 et 3, C., *De fund. rei priv.*). « Son droit ne ressemble donc aux locations perpétuelles, dit fort justement M. Garsonnet, que par la nature du prix d'acquisition, qui consiste en prestations périodiques et dont le paiement régulier est la condition de sa propriété » (*Op. et loc. cit.*). Il va sans dire qu'il a le droit absolu d'aliéner le fonds, et ce, par le mode qui lui convient, à titre gratuit ou à titre onéreux, pour un prix ferme ou non, car, en passant dans son patrimoine, le bien est devenu un bien du domaine privé, *ad jus privatum*, auquel les règles de l'aliénation des biens du domaine impérial cessent d'être applicables ; mais il est incontestable qu'il n'en reste pas moins pour cela obligé au paiement régulier du canon, qui est l'objet d'une obligation purement personnelle, et non une charge du fonds.

44. Si, du Bas-Empire, nous passons, sans nous arrêter à la période intermédiaire, à la Féodalité, nous y retrouvons, adaptée aux besoins de l'époque, la conception romaine de longues concessions avec réserve d'un domaine supérieur. Le droit romain ne connaissait pas, il est vrai, le principe féodal de la hiérarchie des terres, mais l'idée romaine que nous venons d'esquisser dominait l'ensemble des rouages de ce système politique. C'est là un point

indéniable, sans qu'il soit besoin, pour le reconnaître, de prendre parti dans la controverse historique sur l'origine des institutions féodales.

Ce n'est pas à dire, au surplus, que l'emphytéose ait disparu à cette époque. Indépendamment des biens compris dans la hiérarchie féodale, on trouvait encore fréquemment, surtout dans le midi, la propriété pleine et entière, sans charges ni services féodaux, telle qu'on l'entendait à Rome, telle qu'on la comprend aujourd'hui : c'était l'alleu (1). L'alleu était, sinon le seul, du moins le principal objet de l'emphytéose ; aussi ce contrat, outre l'influence plus grande du droit romain dans les pays de droit écrit, était-il plus pratiqué au midi qu'au nord de la France, où les alleux ne se rencontraient que d'une manière exceptionnelle (2).

En principe, le bail emphytéotique avait conservé son caractère du droit romain, et, temporaire ou perpétuel, il n'était toujours qu'une location et non un transfert de propriété ; le bailleur continuait à retenir sur le bien donné à emphytéose un domaine direct. Mais, dans la pratique, la coutume et la jurisprudence avaient singulièrement affaibli les effets de ce domaine direct, par une tendance manifeste à élargir les droits de l'emphytéote et à

(1) V. Bouteiller, *Somme rural*, I, 84.

(2) V., sur ces points, les intéressants développements donnés par M. Garsonnet, *op. cit.*, pp. 413 et s.

rendre ses obligations moins lourdes. Ainsi, on n'appliquait plus avec rigueur les règles entravant la libre aliénation du fonds emphytéotique (1); de plus, on reconnaissait au juge toute latitude pour accorder des délais de grâce en cas de non paiement des canons arriérés (2); la commise de plein droit, même expressément stipulée, était tenue pour comminatoire (3), etc... On finit même par admettre que l'emphytéote pourrait se libérer du canon par le déguerpissement (4). Il est bien certain dès lors que le preneur emphytéotique jouissait en fait d'une condition à peu près identique à celle d'un véritable propriétaire; aussi lui attribuait-on généralement le domaine utile (5).

Mais il subsistait toujours cette différence que l'emphytéote devait acquitter une redevance, différence en entraînant une autre, l'obligation de ne pas détériorer l'héritage qui constituait pour le bailleur la seule garantie du paiement de cette redevance.

45. Or, il est remarquable que ces deux obliga-

(1) Argou, *Institution au Droit français*, édit. Boucher d'Argis, t. II, pp. 302 et 305 ; Merlin, *Rep.*, v° Rente seigneuriale, §§ II et VI *bis*.

(2) Merlin, *op. cit.*, v° Commise emphytéotique.

(3) Serres, *Institutions du Droit français*, liv. III, tit. XXI, § 3.

(4) Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. IV, sect. 10, n^os^ 7 et 8, à la note.

(5) Dumoulin, sur la *Cout. de Paris*, § 78, glos. 4, n° 5 ; Furgole, *Du franc-alleu*, ch. V, sect. 3.

tions sont exactement celles dont était tenu le preneur à rente foncière, qui devait, lui aussi, à la différence d'un plein propriétaire, payer une redevance et maintenir le fonds en bon état (Argou, *ibid.*, p. 303); il est également remarquable que, dans les deux institutions, le service des arrérages a cessé d'être, à un moment donné, une obligation personnelle pour devenir une charge du fonds, par suite de la faculté de déguerpir accordée au preneur.

46. Il semble donc qu'il n'y ait eu, à une certaine époque, aucune différence sensible entre l'emphytéose et le bail à rente. C'est ce qu'exprime fort clairement Hervé, lorsqu'il nous dit : « L'emphytéose perpétuelle est un vrai bail à censive ou un vrai bail à rente, suivant que le bailleur est seigneur de fief ou propriétaire de censive » (*Matières féodales et censuelles*, t. II, p. 329).

Il devait en être ainsi, car, au fond, ces diverses tenures à long terme servaient à atteindre le même but : remplacer, dans le patrimoine du bailleur, le fonds cédé par un équivalent périodique et perpétuel. A quoi bon dès lors laisser le bailleur retenir sur ce fonds un domaine direct, alors qu'un simple droit réel lui permettait d'arriver au même résultat (1)? Déjà, nous l'avons vu, les empereurs

(1) Nous avons là un exemple de la grande évolution qui a transformé le commerce juridique tout entier, le faisant s'opérer

romains avaient pris l'habitude de concéder leurs domaines en toute propriété, moyennant un prix dont une partie consistait toujours en une rente. C'est ce système que nous trouvons généralisé dans le droit coutumier, qui a assimilé progressivement toutes les tenures à long terme, originairement dissemblables.

47. Induire de là que la rente foncière procède directement du droit romain, ce serait évidemment aller beaucoup trop loin. Tout ce qui ressort des explications qui précèdent, c'est, en premier lieu, que, de l'évolution de l'emphytéose romaine dans l'ancien droit, est sortie une tenure en tout point semblable à la rente foncière, et, en second lieu, qu'il existe une affinité bien marquée entre cette dernière institution et le *jus privatum salvo canone* du Bas-Empire. Ce sont là sans aucun doute des éléments insuffisants par eux-mêmes à établir l'origine romaine de la rente foncière. Aussi bien n'avons-nous eu d'autre prétention, dans cet appendice, que de montrer la possibilité, la vraisemblance, si l'on veut, de cette origine. La conjecture

désormais aussi sûrement avec l'objet invisible, le droit, que jadis avec la chose corporelle. C'est le même mouvement qui a élargi la possession et l'a épurée jusqu'à la quasi-possession. Une transformation analogue s'est produite dans l'importante matière des sûretés réelles. A l'origine, la sûreté réelle ne se comprenait pas sans une appréhension matérielle, sans une mainmise : de là l'aliénation fiduciaire et le gage. L'hypothèque, droit exclusif de toute possession, n'est apparue que plus tard.

est, à notre humble avis, d'autant plus plausible que, d'une part, la rente foncière ne saurait être considérée comme une création spontanée que rien ne rattacherait à quelque principe antérieur et préexistant, et que, d'autre part, lors de l'interdiction du prêt à intérêt, les propriétaires du sol ont certainement dû, eux aussi, chercher dans les institutions du droit romain le moyen de tourner cette prohibition gênante. « La loi qui défendait le prêt à intérêt, dit M. de Tocqueville (*L'ancien régime et la Révolution*, p. 345), avait multiplié à l'infini les rentes perpétuelles, tant foncières que non foncières. Elle avait porté les anciens propriétaires du sol, au lieu d'emprunter dans leurs besoins, à vendre de petites portions de leurs domaines moyennant un prix, partie en capital, partie en rente perpétuelle... » N'est-ce pas là exactement ce que faisaient au Bas-Empire les empereurs romains lorsqu'ils vendaient leurs fonds patrimoniaux moyennant un prix dont une partie consistait toujours en une redevance perpétuelle ?

CHAPITRE II

48. Ce chapitre se composera, comme le précédent, de trois sections dans lesquelles nous étu-

dierons successivement et dans le même ordre les questions que nous avons examinées à propos de la rente perpétuelle. Il va sans dire que nous ne reprendrons pas les points qui sont communs aux deux institutions.

Nous montrerons enfin, dans un appendice, le rapport étroit qui existe entre notre rente viagère et la créance qui naissait de la stipulation *in annos singulos*.

PREMIÈRE SECTION

CRÉATION PAR CONTRAT D'UNE CRÉANCE DE PRESTATIONS PÉRIODIQUES A VIE

49. Nous savons que, dans la théorie romaine, l'obligation une fois née était, de sa nature, perpétuelle, ce qui veut dire que nul laps de temps ne suffisait par lui-même à faire disparaître un rapport établi entre deux personnes : « *ad tempus deberi non potest* » (Inst., p. 3, *De verb. oblig.*, III, 15). Ce principe tenait à l'idée qu'une obligation ne peut s'éteindre que par un certain nombre de moyens juridiquement déterminés auxquels la loi attache cet effet : « *nam quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi* » (Paul, loi 44, p. 1, D., *De obl. et act.*, XLIV, 7) ; or le simple écoulement du temps ne figure pas parmi les modes d'extinc-

tion des obligations : « *placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse* » (*ibid*). Aussi toutes les modalités ajoutées au contrat, tous les faits de la création des parties étaient-ils impuissants à détruire le caractère de perpétuité imprimé à l'obligation par sa naissance.

50. Mais, peut-on se demander, qu'advenait-il si cependant, en fait, les parties avaient manifesté une volonté contraire en insérant un terme *ad quem* dans une stipulation? En face de l'impossibilité de concilier le terme extinctif avec la règle de la perpétuité des obligations, le droit civil devait, pour rester conséquent dans ses principes rigoureux, choisir entre ces deux solutions, strictement et également logiques ; ou déclarer nulle, *inutilis*, l'obligation contractée *ad diem*, ou considérer le terme lui-même comme non avenu, l'obligation continuant à subsister malgré son arrivée. C'est la seconde solution qui fut adoptée. Si donc une personne avait stipulé *centum aureos usque ad calendas januarias*, la stipulation était réputée pure et simple et l'arrivée des calendes de janvier ne libérait pas le débiteur qui n'avait pas encore payé. Ce résultat imposé par la rigueur des principes, se produisait aussi bien quand la stipulation portait sur une série de prestations périodiques que lorsqu'elle avait pour objet un capital déterminé. C'est même à l'occasion d'une stipulation de prestations périodiques, où l'on comprend à mer-

veille l'utilité et la fréquence d'un terme extinctif, que les Institutes nous signalent la décision consacrée par l'ancien droit civil en matière de *dies ad quem:* « *At si ita stipuleris:* Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? *et pure facta obligatio intelligitur, et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest* » (Inst., p. 3. *De verb. oblig*). Malgré l'intention formelle des parties, l'obligation de payer dix sous d'or par an se perpétuera pour le promettant, de sorte que les héritiers du stipulant pourront, après la mort de leur auteur, invoquer un droit qui n'aura été frappé d'aucune extinction légale.

C'était là une solution inique pour le promettant, dont le désir d'être libéré à la mort du stipulant était, après tout, bien légitime et n'avait rien de contraire à l'ordre public. N'y avait-il pas, d'ailleurs, à cet effet, accord manifeste entre les parties? « *Stipulatorem id egisse, ne heres ejus peteret, palam est* » (Julien, loi 56, p. 4, D., *De verb. obl.*, XLV, 1). Aussi le préteur, toujours disposé à tourner le droit civil dans ses applications difficiles, vint-il de bonne heure au secours du promettant en lui permettant de repousser l'héritier du stipulant au moyen de l'exception *doli mali* ou de l'exception *pacti conventi* tirée du pacte *de non petendo* contenu dans les termes de la stipulation elle-même (Julien, *ibid.*; Inst., p. 3, *De verb. oblig.*; Paul, loi 44, p. 1, D., *De obl. et act.*).

Au premier aspect, on peut trouver étrange que l'on n'ait pas admis l'extinction *ipso jure* de l'obligation du promettant par l'arrivée du terme. N'était-il pas de règle, dès l'époque classique, que tout pacte adjoint *in continenti* à une stipulation pour diminuer l'obligation et même, selon nous, pour l'augmenter, devait être considéré comme faisant partie intégrante du contrat et par suite produire effet *ipso jure* et non *exceptionis ope?* (1). C'est exact, mais il ne faut pas oublier que les Romains, placés entre deux principes contraires, la perpétuité de l'obligation et l'identification (2) avec la stipulation du pacte adjoint *in continenti*, ne pouvaient faire prévaloir l'un sans méconnaître l'autre ; pour éviter ce résultat, ils firent une brèche à chacun d'eux, en décidant que l'obligation, tout en cessant d'être perpétuelle, ne s'éteindrait pas néanmoins *ipso jure*, mais seulement *exceptionis ope*. « Admettre qu'un pacte résultant des termes mêmes de la stipulation aurait pour effet de la limiter *ipso jure ad tempus*, dit à ce propos M. Vernet (*Op. cit.*, p. 125), c'eût été contrarier trop directement le droit civil, et dès lors force était bien de recourir à un moyen prétorien. » (3)

(1) Paul, loi 40, D., *De reb. cred.*, XII, 1. — V. *suprà*, nº 28.

(2) Nous ne trouvons pas d'autre expression pour rendre l'idée que Paul a su si bien renfermer dans ces mots : *pactum inest stipulationi.*

(3) « Il ne s'agit pas seulement de diminuer l'obligation, écrit M. Bufnoir, mais de l'éteindre, ce qui ne peut se faire, *ipso jure*,

De ce que l'extinction se produit *exceptionis ope*, et non *ipso jure*, il résulte notamment que, sous le système de la procédure formulaire, le promettant devra, pour l'invoquer devant le juge, faire insérer l'exception dans la formule (Gaïus, IV, 119); il en résulte également que l'obligation pourra recouvrer toute son énergie par l'effet d'un nouveau pacte, qui détruira l'exception et rendra perpétuel le droit du stipulant (Paul, loi 27, p. 2, D., *De pactis*, II, 14).

51. Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, il n'en est pas moins certain que la jurisprudence romaine a réussi de cette façon à organiser et à sanctionner un contrat par lequel on se fait promettre des prestations périodiques pour toute la durée de la vie : c'est, d'une manière bien précise, ce que nous appellerions aujourd'hui la constitution d'une rente viagère. Il est bien entendu, au surplus, que ce contrat peut être soit une opération à titre gratuit, soit une opération à titre onéreux, l'obligation du promettant ayant dans ce dernier cas sa contre-partie dans une prestation fournie ou à fournir par le stipulant. Nous renvoyons à ce sujet aux explications que nous avons données pour l'hypothèse d'une stipulation de rente perpétuelle.

52. Si maintenant nous voulons déterminer les

par l'arrivée d'une condition. » (*Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, p. 128).

caractères juridiques de cette stipulation, nous dirons qu'elle est, comme la stipulation de rente perpétuelle, *una*, *incerta*, et *perpetua*, avec les conséquences que nous avons déterminées en expliquant le fragment de Pomponius (Loi 16, p. 1, D., *De verb obl.*, XLV, 1).

Nous venons de voir pourquoi elle est *perpetua*, et nous savons comment l'équité prétorienne parvint à neutraliser ce principe trop rigoureux.

Elle est *incerta*, car on ne saurait préciser actuellement la somme totale que le débiteur devra fournir, la durée de la vie du créancier étant inconnue. Aussi ce dernier fera-t-il bien, pour la raison que nous connaissons, d'user de la *præscriptio : ea res agatur cujus rei dies fuit*, s'il ne pas consommer définitivement son droit par une seule demande en justice.

53. On peut, jusqu'à un certain point, s'étonner que cette stipulation soit *una*, car, peut-on dire, pourquoi n'avoir pas vu dans ce cas une série d'obligations distinctes? Est-ce que la jurisprudence n'avait pas admis que la stipulation d'une somme payable en plusieurs termes, bien qu'unique en la forme, faisait naître autant de créances qu'il y a de termes (Paul, loi 140, p. 1, D.. *De verb. obl.*, XLV, 1)? La réponse est facile, et nous la connaissons déjà : dans l'espèce citée par Paul, le nombre des annuités étant précisé

d'avance, le bon sens permet de reconnaître plusieurs obligations distinctes ; au contraire, dans l'hypothèse des Institutes, aussi bien que dans le cas d'une stipulation de rente perpétuelle, on ne sait pas pour combien de temps le débiteur est obligé. Mais, peut-on répliquer dans le legs *in singulos annos*, on ne sait pas davantage combien d'années vivra le légataire, et pourtant on décompose ce legs en autant de legs qu'il y a d'annuités, le premier étant pur et simple, et chacun des autres subordonné à la condition de l'existence du légataire au début de l'année qui y correspond (V. *infrà*, n° 64). Pourquoi n'avoir pas admis ce résultat pour la stipulation? Cela tient probablement à la façon dont les Romains appréciaient la nature de la stipulation, contrat de droit strict : une seule et même formule était considérée par eux comme ne pouvant engendrer une série d'obligations différentes, à savoir une obligation pure et simple pour la première année, des obligations conditionnelles pour les années suivantes ; les paroles prononcées donnant la mesure exacte de l'étendu de l'obligation, il ne pouvait sortir de la formule employée qu'une seule et unique obligation. Au contraire, dans le legs, on recherchait avant et par dessus tout l'intention du testateur, dont la volonté réelle était souveraine et l'emportait sur les formules employées, « *in testamentis*

plenius voluntates testantium interpretantur » (Paul, loi 12, D., *De reg. juris*, L, 17).

54. De cette différence entre l'interprétation de la stipulation et celle du legs, nous ne donnerons pas comme motif ce fait que les formules de stipulation sont choisies par les parties, tandis que les formules de legs ne le sont pas. Ce motif, peut-être vrai à l'origine, ne l'est plus dans le droit classique, car nous allons voir que les détestables subtilités de la stipulation ne s'appliquaient pas dans les contrats *bonæ fidei* dont les formules étaient pourtant et au premier chef librement choisies par par les parties intéressées. La meilleure raison, à notre sens, consiste à dire que la stipulation, produit de l'antique formalisme, se ressentit toujours de son origine et conserva, à quelques inévitables exceptions près, dans les états successifs du droit romain, son caractère primitif, caractère que n'eut jamais le legs qui, objet de la prédilection des Romains, obtint dès sa naissance toutes les faveurs compatibles avec les idées juridiques et les nécessités de l'époque et reçut, au fur et à mesure des progrès de la législation, tous les tempéraments inspirés par la raison et l'équité, caractère que n'eurent pas davantage les contrats de bonne foi qui furent adoptés et sanctionnés précisément pour soustraire aux rigueurs excessives du formalisme un certain nombre de conventions spéciales dont

l'emploi fréquent et la grande utilité pratique répugnaient à l'exigence de formes artificielles et arbitraires.

55. Ceci nous amène à examiner l'hypothèse où les parties ont eu recours à un contrat de bonne foi pour constituer une rente viagère. Comme il ne saurait plus ici être question de compter avec les subtilités du formalisme, nous devons nous inspirer uniquement de l'équité et de l'intention des contractants, et cela d'autant mieux que, les textes manquant pour établir des règles certaines, nous n'avons d'autre guide d'interprétation que les principes généraux du droit romain en matière de contrats de bonne foi.

Soit, par exemple, la vente d'un immeuble valant cent mille sesterces moyennant la prestation périodique de douze mille sesterces que l'acheteur s'engage à payer annuellement au vendeur jusqu'à sa mort. Quels sont les caractères de la créance ainsi acquise au vendeur ?

Par analogie avec l'hypothèse où la vente est faite moyennant des prestations périodiques à perpétuité, on pourrait être tenté de voir dans les diverses annuités une série de produits engendrés périodiquement par une créance unique ; elles constitueraient ainsi les fruits du prix. Mais ce serait oublier que les deux situations ne se ressem-

blent pas : quand la vente est faite moyennant une rente perpétuelle, nous avons vu qu'il est rationnelle et conforme à l'intention des contractants de considérer les prestations périodiques comme représentant les intérêts d'un prix unique dont l'acheteur ne se dessaisit pas ; dans notre cas, au contraire, nous savons déjà que les diverses annuités ne peuvent être regardées comme les intérêts d'un capital, par la bonne raison qu'elles représentent, non seulement des intérêts, mais encore une partie du capital, qui se consomme à mesure que les prestations sont perçues. On ne saurait, au surplus, y voir quelque chose ressemblant à des fruits civils d'une nature quelconque, car, pour parler de fruits civils, il faut imaginer un être juridique, un *nomen juris*, dont il sont le produit, comme on l'a fait à propos de la stipulation de prestations périodiques, afin de donner un sens à la fois logique et juridique aux exigences du formalisme, comme on l'a fait également, par interprétation de la volonté des contractants, à propos de la vente dont le prix consiste en une rente perpétuelle. Or, en l'espèce, pouvons-nous admettre que les parties aient eu en contractant la moindre vision d'un capital engendrant annuellement comme fruits douze mille sesterces au profit du vendeur ? S'il faut entendre par *fruits* tout ce qu'une chose produit et reproduit périodiquement

sans altération de sa substance, *quidquid ex re nasci et renasci solet*, on ne saurait raisonnablement considérer comme tels de prétendus produits dont le paiement annuel conduit petit à petit vers son extinction le capital qui est censé leur donner naissance. Il serait plus vrai de dire qu'il y là des portions, et non des fruits du capital.

Ceci admis, on peut se demander s'il ne faut pas voir dans chacune des diverses annuités une créance qui se forme chaque année, non pas à titre de fruit civil, mais comme droit principal, la première étant pure et simple, et chacune des autres, subordonnée à la condition que le vendeur n'aura pas cessé de vivre au début de l'année qui y correspond. Maintenant que nous avons la faculté d'interpréter largement l'opération, on ne peut plus nous objecter, comme au cas de la stipulation de rente viagère, qu'une seule et même formule ne saurait engendrer des créances de nature différente ; juridiquement, en effet, une vente peut, aussi bien qu'un legs, donner naissance à plusieurs créances distinctes: la première pure et simple, les autres conditionnelles. Pourquoi, dès lors, ne pas admettre dans notre espèce une solution que tous les interprètes considèrent comme raisonnable quand il s'agit du legs *in singulos annos* et que nous regrettions plus haut de ne pouvoir appliquer, par suite des exigences du formalisme, à la stipulation de rente viagère ?

Il importe avant tout, pour résoudre cette question, de rechercher quelle a été l'intention des parties au moment du contrat, car, dans les contrats de bonne foi, la volonté des parties n'est pas moins souveraine que, dans les legs, celle du testateur. Or, dans le legs *in singulos annos*, si l'on voit plusieurs créances distinctes, c'est par interprétation de l'intention présumée du testateur qui, dans un esprit de bienveillance pour la seule personne du légataire, a dû vouloir que le droit aux annuités s'ouvrît chaque année, et non une seule fois, et ne prît naissance qu'autant que le légataire serait encore capable de le recueillir, c'est-à-dire encore vivant. Telle a-t-elle bien été l'intention des parties dans l'hypothèse que nous étudions ? L'acheteur s'est-il engagé à payer annuellement au vendeur la somme de douze mille sesterces par pure sollicitude pour la seule personne de son cocontractant, dans le but de lui permettre d'affecter cette somme à ses besoins annuels ? De son côté, le vendeur a-t-il entendu acquérir ainsi une série de créances affectées d'une condition suspensive et exposées comme telles au risque de la perte totale de l'immeuble vendu, survenue *pendente conditione*, la condition suspensive dans la vente affectant nécessairement les deux obligations, ne fût-elle apposée qu'à l'une d'entre elles ? Nous ne le pensons pas. Dans tout contrat à titre onéreux, le

but poursuivi par chacune des parties est intéressé; peu importe à l'acheteur que le vendeur se préfère ou non à ses héritiers, qu'il se propose ou non d'affecter les annuités à ses besoins personnels : en s'engageant à payer son prix par versements successifs, périodiques et d'égales sommes, il n'agit que dans son intérêt et pour sa propre convenance, avec l'espoir de faire une bonne opération si le vendeur ne tarde pas à mourir. Quant à ce dernier, il entend avant tout tirer le meilleur parti de son immeuble et s'assurer pour ses vieux jours des ressources certaines, à l'abri des modifications pouvant affecter cet immeuble. De part et d'autre, la situation est nettement fixée dès que la vente est parfaite et les deux obligations sont désormais indépendantes l'une de l'autre.

Aussi nous semble-t-il plus conforme à l'intention probable des parties et au but principal qu'elles se sont proposé, de décider que la créance du vendeur est née en son entier dès la formation du contrat. Le vendeur s'est engagé à transférer l'immeuble à l'acheteur, et, en retour, celui-ci a promis au vendeur de lui payer un prix égal à autant de fois douze mille sesterces qu'il vivrait d'années. Voilà probablement quels ont dû être les bases du contrat. La créance du prix total est donc entrée *hic et nunc* dans le patrimoine du vendeur. Seulement, et cette circonstance n'empêche en rien la

perfection du contrat, qui est indépendante de son exécution, le vendeur ne peut exiger immédiatement que le paiement d'une fraction de ce prix, soit douze mille sesterces ; le paiement du reste est échelonné en une série de termes se succédant d'année en année, à raison de douze mille sesterces par terme.

56. Une en soi, la créance du vendeur est multiple dans ses effets. Est-ce à dire que nous allons le traiter comme celle du stipulant, et décider notamment que la mort du vendeur n'arrêtera pas de plein droit le cours des prestations? Evidemment non, car, si les deux créances sont unes, elles n'ont pas cependant le même objet : celle du stipulant a pour objet un être juridique, distinct des annuités engendrées périodiquement, tandis que ce sont les prestations annuelles, simples fractions du prix total, qui forment l'objet même de la créance du vendeur. On s'explique ainsi qu'à la différence de celle du stipulant, la mort du vendeur mette fin à la série des prestations. Par cela même, en effet, que la créance a pour objet direct autant de fois douze mille sesterces que le vendeur vivra d'années, « le total de son contenu se trouve, selon la juste remarque de M. Accarias, déterminé par la mort du créancier » (*Op. cit.*, t. II, p. 277, note 1). Si donc cette mort arrive, par exemple, cinq ans après la conclusion de la vente, le

quantum du prix est définitivement fixé à cinq fois douze mille sesterces : l'acheteur a-t-il payé régulièrement les cinq annuités échues, il ne doit plus rien ; n'a-t-il encore rien payé ou n'a-t-il payé qu'en partie, il ne doit que la somme nécessaire pour parfaire celle de soixante mille sesterces.

Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que les obligations nées d'un contrat de bonne foi puissent, contrairement à celles qui procèdent d'un contrat de droit strict, s'éteindre de plein droit par l'arrivée d'un terme. Il ne faut pas oublier, en effet, que le principe de la perpétuité des obligations, dont la portée est générale, s'applique à toute obligation, quelle que soit sa cause. Ce que la mort du vendeur fait disparaître, ce n'est que le contrat, c'est-à-dire le fait générateur d'obligations ; quant aux obligations déjà produites, elles subsistent sans aucun doute. Voilà pourquoi nous disons que l'acheteur reste tenu, malgré la mort du vendeur, d'acquitter les annuités échues et non payées.

57. Étant une, la créance du vendeur est nécessairement *incerta*. On ne sait pas, en effet, au jour du contrat, combien d'années il vivra, et, par suite, combien de fois il aura droit de toucher douze mille secterces : le montant du prix est donc indéterminé. Il n'y a pas lieu d'insister sur ce point.

58. En résumé, — la créance du vendeur est une,

comme celle du stipulant, mais cette unité n'a pas le même caractère dans les deux hypothèses ; — dans un cas comme dans l'autre, la mort du créancier arrête le cours des prestations périodiques, mais, dans le premier cas, l'extinction se produit *ipso jure*, tandis que, dans le second, elle n'a lieu qu'*exceptionis ope* ; — enfin, les deux créances sont incertaines dans leur *quantum*.

Tels sont les résultats qui nous sont fournis par l'analyse juridique. Ils nous montrent ce qui n'est du reste contesté par personne, que le jeu des principes romains permettait d'acquérir par convention, à titre onéreux aussi bien qu'à titre gratuit, par un contrat de bonne foi comme par un contrat de droit strict, un droit viager à des prestations périodiques. En d'autres termes, suivant le droit romain, le contrat de constitution de rente viagère, tel que nous le concevons aujourd'hui (art. 1968 et 1969, C. civ.), était théoriquement possible. Reste à savoir si les Romains l'ont connu et pratiqué.

DEUXIEME SECTION

PRATIQUE DU CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE

59. Un point hors de conteste, c'est qu'à une certaine époque les Romains usèrent fréquem-

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R. F. IMPRIMÉS

ment de la stipulation de rente viagère. Autrement on ne comprendrait pas que le préteur fût intervenu pour protéger le promettant contre les prétentions des héritiers du stipulant. « Quand le préteur s'écarte du droit civil, dit M. Demangeat (*Cours de dr. rom.*, t. I, p. 70), c'est toujours parce que celui-ci ne convient plus aux mœurs nouvelles, parce qu'il ne donne pas satisfaction à des situations inconnues autrefois et fréquentes aujourd'hui. »

60. Mais ce qui reste douteux, c'est la question de savoir si l'opération se faisait à titre onéreux comme à titre gratuit, ou à titre gratuit seulement. Un texte de Justinien semble bien prévoir l'hypothèse d'une stipulation de prestations périodiques faite à titre gratuit : « *Si quis autem talem receperit donationem*, y lisons-nous, *in qua stipulatus fuerit annuam quandam sibi præstari quantitatem tantæ sommæ, quæ non excedit legitimun donationis modum*..... » (Loi 34, p. 4, C., *De donat*, VIII, 54). Mais ce n'est là qu'un cas particulier, et les autres documents que nous possédons sur la matière, notamment ceux que nous avons étudiés dans la section précédente (Inst., p. 3, *De verb. oblig.* Julien, loi 56, p. 4. D., *De verb. oblig.*), ne s'expliquent pas sur le caractère onéreux ou gratuit de la stipulation. On ne saurait donc s'en autoriser pour trancher la question dans un sens plutôt que dans l'autre.

On a, il est vrai, essayé de présenter le contrat de rente viagère à titre onéreux comme ne répondant à aucun besoin du peuple romain et comme répugnant à ses idées morales et religieuses. Mais nous savons ce qu'il faut penser de pareils arguments, dont la fausseté saute aux yeux (V. *suprà*, nos 9, 10 et 11). Aussi n'hésitons-nous pas à les écarter du débat, qui reste entier.

A notre humble avis, les Romains ont dû se servir, comme nous nous en servons nous-mêmes, de la constitution de rente viagère à titre onéreux, dont l'utilité paraît être de toute les époques. Si les textes qui nous sont parvenus gardent le silence sur les circonstances dans lesquelles intervenait la stipulation *quoad vivam*, c'est tout simplement parce que, dans cette combinaison, le seul point faisant difficulté en droit était celui de savoir si la créance de prestations périodiques survivait à la mort du stipulant. Il en était sans aucun doute des écrits des jurisconsultes romains comme il en est aujourd'hui de nos recueils de jurisprudence : seules les questions controversées y étaient prévues et examinées ; quant aux circonstances de fait ayant donné lieu à la difficulté, elles n'étaient indiquées que dans la mesure où il était indispensable de le faire pour préciser le point douteux. Or, ici, pour poser utilement la question il suffisait d'énoncer que la créance d'annuités viagères pro-

cédait d'une stipulation; il n'était nullement besoin de rechercher, en dehors des termes employés dans la stipulation, la cause ayant déterminé l'obligation du promettant.

Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, que la stipulation romaine était moins un contrat proprement dit qu'une forme souple et flexible dont on pouvait revêtir toute convention licite. « *Quarum totidem genera sunt quot*, dit Justinien, en parlant des stipulations conventionnelles, *pene dixerim, rerum contrahendarum* » (3, *De divis. stip.*, III, 18). Nul n'ignore qu'à Rome la seule stipulation, malgré son caractère unilatéral, pouvait suffire à tous les besoins de la vie juridique. S'agissait-il de rendre efficace un rapport bilatéral, on le décomposait tout simplement en deux stipulations (V. notam. Paul, loi 3, D., *De resc. vend.*, XVIII, 5). C'est ainsi que, pendant des siècles, avant la consécration légale des contrats consensuels, il fut possible de réaliser des actes essentiellement bilatéraux, tels que la vente, le louage, la société (1). Aussi est-ce à tort que l'on argumenterait du caractère unilatéral de la stipulation pour affirmer que les Romains n'ont connu que la constitution de rente viagère à titre gratuit. La stipulation *quoad vivam* pouvait fort bien tirer sa raison d'être

(1) V., sur ce point, R. von Ihering, *L'Esprit du droit romain*, traduction de Meulenaere, édit. 1888, t. IV, p. 195.

d'une autre stipulation dans laquelle le promettant avait joué ou devait jouer le rôle de stipulant. Où est la preuve, nous le demandons, que, dans l'espèce sur laquelle Julien se prononce dans la loi 56, l'obligation du promettant n'avait pas sa contre-partie dans une prestation fournie ou à fournir par le stipulant ?

Dira-t-on qu'une pareille combinaison, possible théoriquement, ne devait pas être pratiquée, parce que, rompant toute liaison entre deux opérations qui étaient la cause et la condition l'une de l'autre, elle ne répondait pas au but poursuivi par les parties ? Nous répondrons que le même fait se produisait dans les stipulations *empti venditi*, *locati conducti*, etc... et que cependant c'étaient là des combinaisons pratiques, au moins à une certaine époque. Que pouvait-on craindre après tout ? Que l'un des contractants, profitant du caractère unilatéral de la promesse de l'autre, ne s'avisât d'en réclamer l'accomplissement avant de s'être exécuté lui-même, ou malgré la nullité de son propre engagement ? Mais ce danger, inhérent à tous les rapports unilatéraux du droit civil, pouvait être facilement conjuré au moyen de l'insertion dans la formule de l'exception *doli mali*, qui permettait au débiteur de repousser la demande du créancier, lorsque celui-ci agissait de mauvaise foi. N'est-ce pas, en effet, commettre un acte de mauvaise foi,

que de venir demander le paiement d'une créance dont on n'a pas fourni l'équivalent, alors que le débiteur ne s'est engagé qu'en vue de cet équivalent? (Cf., Ulpien, loi 2, pp. 3 et 4, D., *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4.)

En tout cas, rien n'empêchait les parties d'ajouter une condition à la stipulation. *Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes, si centum dederim*, ou *si centum dare spoponderim?* pouvait dire le crédi-rentier. Était-ce le débi-rentier qui prenait l'initiative, il pouvait formuler ainsi sa proposition : *Centum aureos dare spondes, si decem quoad vivas dare spoponderim?*

Sans doute les textes qui nous sont parvenus ne contiennent aucune trace d'une stipulation *quoad vivam* faite sous la condition que nous indiquons, pas plus qu'ils ne contiennent la trace d'une vente dont le prix consisterait en une série de prestations annuelles *quoad venditor vivet*. Mais ce sont là des combinaisons conformes aux principes admis dans la législation romaine, des combinaisons dont l'emploi ne pouvait, par conséquent, donner lieu à aucune difficulté juridique, et, dans ces conditions, nous comprenons, tout en le déplorant pour le succès de notre thèse, que les écrits des jurisconsultes ne nous donnent pas de renseignements précis et complets sur les applications pratiques que les Romains ont faites du contrat de rente viagère.

61. Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, car cela résulte de textes formels, supérieurs à toute controverse, c'est qu'ils ont usé de la rente viagère constituée par contrat. L'examen le plus attentif, l'analyse la plus exacte et la plus subtile ne sauraient découvrir la moindre différence entre la promesse d'annuités à vie du droit romain et l'engagement de servir une rente viagère de notre droit moderne. Bien mieux, nous verrons plus loin que le principe consacré par le Code civil, de l'unité de la rente viagère, n'est qu'un vestige regrettable de la théorie de la stipulation *in singulos annos*.

TROISIÈME SECTION

LEGS DE RENTE VIAGÈRE.

62. Il suffit de parcourir les nombreux titres du Digeste qui traitent des dispositions de dernière volonté, notamment le titre *De annuis legatis et fideicommissis* (XXXIII, 1), pour voir combien était fréquent à Rome l'emploi du legs comme mode de constitution de la rente viagère. Aussi n'est-ce pas ce point que nous entendons examiner dans les courtes observations qui suivent.

63. Nous voulons simplement, nous en tenant à la théorie dont la substance nous est donnée par

Pomponius dans le texte remarquable que nous avons déjà plusieurs fois cité (Loi 16, p. 1, D., *De verb. obl.*, XLV, 1), montrer en quoi le legs de rente viagère différait de la stipulation *in singulos annos*. De cette comparaison se dégagera nettement cette idée, qui n'a été qu'effleurée dans les développements qui précèdent, que la doctrine du legs était la seule raisonnable, la seule, par conséquent, digne de survivre aux institutions romaines.

64. Comme point de départ, il convient de rappeler ici que, dans le doute, tout legs annuel, quel que soit le montant de ses prestations, doit être présumé viager (V. notam. Paul, loi 12, D., *De ann. leg.*). Cela tient, nous le savons, au caractère exclusivement personnel de la libéralité testamentaire : fait *intuitu personæ legatarii*, le legs ne saurait profiter qu'au seul légataire ; ce n'est que par voie de conséquence qu'il peut profiter à ses héritiers. Ainsi le veut l'interprétation la plus naturelle de l'intention du disposant.

Mais comment concilier le respect dû à la volonté du testateur avec le principe de la perpétuité des obligations? Là était la difficulté, les obligations nées d'un legs ne s'éteignant pas plus que les obligations contractuelles par le simple écoulement du temps (Paul, loi 44, p. 1, D., *De obl. et act.*, XLVI, 7 ; Pomponius, loi 55, D. *De leg. et fid.*,

1°, XXX). C'est pour tourner cet obstacle que fut imaginée la théorie de la multiplicité du legs. Le résultat voulu par le testateur sera, en effet, aisément atteint, si l'on suppose que le legs d'annuités se décompose en autant de legs distincts que le légataire vivra d'années, le premier de ces legs étant pur et simple, les autres subordonnés à la condition *si legatarius vivat*. Chaque legs spécial n'est dès lors acquis au légataire qu'autant qu'il n'a pas cessé de vivre à l'époque qui y correspond, de sorte que, à son décès, le droit aux annuités futures, dont la condition est défaillie, ne saurait désormais ni se former ni se transmettre (Paul, loi 4, D., *De ann. leg.*), et par là se trouvent respectées et la volonté du disposant et la règle *ad tempus deberi non potest*.

De là, entre le legs et la stipulation *in annos singulos*, cette différence capitale, sur laquelle nous n'avons plus, d'ailleurs, à insister : la stipulation est une, le legs est multiple.

65. La *diei cessio* du premier legs, legs pur et simple, se place au jour de la mort du testateur (Ulpien, loi 12, p. 3, D., *Quando dies leg.*, XXXVI, 2). Au contraire, chacun des autres étant conditionnel, sa *diei cessio* n'a pas lieu en un seul jour, mais seulement au moment de l'évènement de la condition (*Ibid.*, pr.), c'est-à dire au début de l'année à laquelle il se réfère (*Ibid.*, p. 1) (1). Pour

(1) Le plus souvent, l'exigibilité (*dies veniens*) du legs de rente

avoir droit à l'un quelconque de ces legs, il ne suffit donc pas que le légataire soit vivant et capable au décès du testateur : il faut qu'il le soit au commencement de l'année à laquelle ce legs correspond. C'est pour cette raison, nous venons de le voir, qu'après la mort du légataire, le droit aux legs des années subséquentes ne peut plus prendre naissance et n'est, par conséquent, point transmissible. La même raison conduit à décider que, si le légataire est un esclave de plusieurs maîtres, la capacité de chacun d'eux doit être examinée chaque année (Paul, loi 11, D., *De ann. leg.*; Ulpien, loi 23, D., *Quando dies leg.*). Le légataire esclave devient-il libre une ou plusieurs années après la mort du testateur, il acquiert pour lui-même les legs des années suivantes (Ulpien, loi 12, p. 2, D., *Quando dies leg.);* dans la stipulation, au contraire, nous savons que le droit aux prestations futures appartiendrait toujours au maître de l'esclave (V. *suprà*, n° 17).

Mais s'il est nécessaire que le légataire soit vi-

viagère se place également au commencement de l'année (Loi 1, C., *Quando dies leg.*, VI, 53), de sorte que le *dies cedens* et le *dies veniens* se confondent. Mais il n'en est pas toujours ainsi : cela dépend de la volonté du testateur, et quelquefois même de la nature du legs. Si les prestations léguées consistaient, par exemple, dans les fruits d'un fonds, il va sans dire que l'héritier ne pourrait pas délivrer ce qu'il n'a pas encore perçu : l'annuité ne serait donc exigible qu'au jour de la maturité des fruits, bien que la *diei cessio* ait eu lieu au commencement de l'année (Cf. Papinien, loi 26, p. 2, D., *Quando dies leg.*).

vant et capable au commencement de chaque année, pour avoir droit au legs correspondant à cette année, cela est suffisant. De là cette conséquence remarquable que, si le légataire vient à mourir, par exemple, le deuxième jour de l'année commencée, ses héritiers n'en ont pas moins droit au legs tout entier, car la *diei cessio* l'a rendu transmissible (Modestin, loi 5, D., *De ann. leg.).*

66. Le principe de la pluralité du legs de rente viagères aboutit pratiquement à deux conséquences qui constituent deux autres différences entre le legs et la stipulation *in singulos annos*. D'abord, le legs de rente viagère est *certum*, car il est possible, d'après ses termes mêmes, d'en déterminer le montant; sans doute le nombre des annuités qui seront dues est inconnu, mais cela importe peu, puisque le legs produit, non une créance unique, mais des créances distinctes et indépendantes; si donc il y a lieu d'actionner l'héritier, le légataire agira par une *condictio certi*, sans compromettre en rien son droit éventuel aux prestations futures. En second lieu, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut, à la mort du légataire, par cela même que la condition qui suspendait la naissance du droit aux annuités suivantes se trouve défaillie, la rente s'éteint *ipso jure;* aussi l'héritier débiteur du legs n'aurait-il besoin d'aucune exception pour repousser la demande que formerait l'héritier du légataire.

67. Cette théorie est évidemment beaucoup plus rationnelle que celle que nous avons développée à propos de la stipulation de rente viagère. Outre qu'elle concilie à merveille les principes du droit avec le respect dû à la volonté des parties et les besoins de la pratique, elle a, sur la doctrine de la stipulation *in annos singulos*, cet avantage considérable d'être plus conforme à la nature des choses, en ce qu'elle fait des prestations périodiques, non pas de simples fruits, mais l'objet même du droit du crédi-rentier. Ce qui montre bien, en effet, que rationnellement les annuités successives sont des portions et non des fruits du capital de la rente viagère, c'est que ce capital diminue au fur et à mesure de leur perception, si bien qu'à la mort du créancier, quand se produit l'extinction de la rente, il n'en reste plus rien ; tandis que, s'il y avait là, comme dans la rente perpétuelle, un capital distinct des annuités, et que celles-ci n'en fussent que les fruits, ce capital devrait revenir intact au créancier ou plutôt à ses héritiers à l'extinction de la rente, sans que les annuités perçues pussent être considérées comme l'ayant absorbé. « La rente n'est donc pas, disons-nous avec Pothier (*Const. de rente*, n° 249), la créance d'autre chose que des arrérages, qui en doivent courir pendant le temps de sa durée ; ces arrérages sont tout le principal, tout le fonds et l'être entier de la rente

viagère ; elle s'acquitte et s'éteint par parties à mesure que le créancier les reçoit ; le paiement de ce qui en restait dû et couru jusqu'à la mort de la personne, sur la tête de qui elle était constituée, achève de l'éteindre entièrement. Cette créance paraît donc ne pouvoir être considérée autrement que comme la créance des sommes d'argent qui seront dues pendant le temps qu'elle aura cours. »

Voilà la vérité juridique. Dans la rente viagère, il n'y a pas de droit productif d'annuités : il n'y a qu'un droit à une série d'annuités ; et comme chacune de ces annuités n'est due que si le créancier est encore vivant à l'époque qui y correspond, on peut dire que la rente se compose d'autant de créances successives et éventuelles qu'il y a d'annuités. En un mot, chaque année, une créance nouvelle se forme, non pas à titre de fruit civil, mais comme droit principal. Tel est le résultat imposé par la raison et par le bons sens. C'est bien celui auquel conduit la théorie du *legatum annuum* en droit romain. Et pourtant nous allons voir que c'est la théorie contraire, la doctrine absurde de la stipulation *in annos singulos*, d'après laquelle les arrérages de la rente viagère sont réputés distincts de la rente elle-même, qui a triomphé dans notre Code civil.

APPENDICE

DU CARACTÈRE DE LA RENTE VIAGÈRE EN DROIT FRANÇAIS.

68. Les deux doctrines opposées, dont nous venons de constater la coexistence en droit romain, se retrouvèrent face à face dans l'ancien droit français. Aussi n'est-il pas étonnant que nos anciens auteurs aient agité la question de savoir si la rente viagère avait ou non un capital. Pothier, nous le savons, tenait pour le négative *(Op. et loc. cit. — Adde : Introd. gén. aux Coutumes*, n° 55) ; mais il nous apprend lui-même que son opinion n'était pas suivie, ce qui ne nous surprend qu'à moitié, les fausses théories étant d'ordinaire plus facilement acceptées que les vraies.

69. Sous le Code civil, Toullier, frappé des résultats choquants auxquels conduit, en matière de communauté entre époux notamment, la théorie de l'unité de la rente viagère, a reproduit et essayé de défendre la doctrine de Pothier. Si l'article 1978, dit cet auteur à l'appui de sa thèse, décide que le crédi-rentier, en cas de non-paiement des arrérages par le débi-rentier, ne peut exiger le remboursement du capital, c'est parce que ce capital n'existe pas. La rente viagère ne consiste, en

effet, que dans des créances successives, qui ne sont acquises au créancier que sous la condition de sa vie. La preuve en est dans la disposition de l'article 1980, aux termes de laquelle « la rente viagère n'est acquise au propriétaire que *dans la proportion* du nombre de jours qu'il a vécu », disposition qui implique qu'avant l'échéance de chaque jour, le droit aux arrérages futurs *n'est pas acquis* au propriétaire, lequel n'a que l'espérance de l'acquérir (1).

Malheureusement, si nos anciens auteurs ont pu se demander si la rente viagère possédait ou non un capital, pareille question n'est plus possible sous le Code civil. Les articles 584, 588, 610, 1401, 1909, 1910, 1977, 2277, etc..., qui font des arrérages de la rente viagère de simples fruits ou intérêts, ne se comprendraient pas si les rédacteurs du Code n'avaient pas considéré cette rente comme un être moral, distinct des arrérages qu'elle produit. Il ne peut, en effet, être question de fruits ou d'intérêts qu'autant que l'on suppose un capital qui les engendre. Et c'est précisément parce que les arrérages de la rente viagère sont des fruits civils que l'article 1980 décide, par application de l'article 586, que le propriétaire n'y a droit que dans la

(1) *Le droit civil français*, t. XII, nº 110. — Dans le même sens, Rolland de Villargues, *Rép. du Notariat*, vº Rente viagère, nº 2 ; vº Communauté de biens, nº 67.

proportion du nombre de jours qu'il a vécu. Quant à l'article 1978, sa disposition, qui est une dérogation à la règle contenue dans l'article 1184, paraît dictée par le caractère aléatoire du contrat de constitution de rente viagère. En tout cas, il suffit de la lire pour être persuadé que, loin d'impliquer l'absence de capital, elle reconnaît, au contraire, en termes non ambigus, l'existence d'un capital distinct des arrérages. L'opinion de Toullier est, au surplus, universellement repoussée (1).

70. Que conclure de là, sinon, comme nous le disions par avance dans notre introduction, que la rente viagère, unité juridique, distincte des arrérages qu'elle engendre et qui sont exclusivement des fruits, est aujourd'hui chez nous ce qu'était à Rome la créance d'annuités à vie, née *ex stipulatu*. A vrai dire, la rente viagère n'est plus en droit français, comme l'était en droit romain la créance du stipulant *in annos singulos, incerta et perpetua*, et cela se conçoit, car ce double caractère se rattachait par un lien nécessaire à des règles formalistes que nous ne connaissons plus ; mais elle est encore *una*, comme si elle naissait toujours d'une stipulation. Il n'y a même plus aujourd'hui de distinction à faire, à cet égard, entre la rente viagère

(1) V. notamment MM. Troplong, *Contrats aléatoires*, nº 215 ; Marcadé, *Exp. du Code civ.* t. II, sur l'art. 588, nº 487, et *Revue critique*, t. I, p. 444 ; Pont, *Petits contrats*, nº 670 ; Aubry et Rau, *Cours de dr. civ. fr.*, t. II, § 192, p. 187.

naissant d'un legs et celle naissant d'un contrat : renchérissant sur la loi romaine, la loi française a généralisé le système de la stipulation *in annos singulos*.

Que si pourtant les rédacteurs du Code, pour un motif qui nous échappe, répugnaient absolument à l'idée de faire de la rente viagère une créance multiple, rien ne les empêchait de construire une théorie rationnelle de la rente viagère, tout en restant fidèle à l'idée d'unité. Il leur suffisait de voir dans cette rente une créance ayant pour objet direct les annuités, autant d'annuités que le crédirentier vivra d'années, mais dont le paiement est échelonné en une série de termes. Cette conception, que la logique et l'équité non moins que les principes généraux du droit romain nous ont conduit à appliquer à la créance d'un prix de vente consistant à fournir une série de prestations annuelles *quoad venditor vivet*, eût été sans aucun doute beaucoup plus acceptable en droit et en fait que la théorie d'un capital engendrant des fruits, théorie que les Romains eux-mêmes considéraient comme donnant en pratique des résultats peu satisfaisants.

Les conséquences déplorables de la fausse doctrine consacrée par le Code se font surtout sentir, ainsi que nous l'avons déjà dit, dans les rapports de la rente viagère avec le régime de la communauté entre époux.

Quelques exemples suffiront à en donner une idée.

D'abord, toute rente viagère, dont l'un des époux était crédi-rentier lors de l'établissement du régime, tombant, vu son caractère mobilier, en communauté, tous les arrérages qu'elle produit doivent indéfiniment appartenir à cette communauté, puisque la rente forme un capital, une masse unique. Il en résulte que, la dissolution de la communauté survenant avant l'extinction de la rente, les annuités dues postérieurement n'en devront pas moins être partagées entre l'époux crédi-rentier et son conjoint ou ses héritiers. C'est là, on ne saurait le nier, une solution manifestement contraire à l'intention probable des parties : solution qui n'aurait jamais vu le jour si les arrérages de la rente viagère avaient été considérés par le législateur comme formant autant de créances distinctes, naissant successivement, car alors ils ne seraient devenus biens communs qu'autant qu'ils auraient été dus pendant le cours de la communauté.

Un des conjoints, lors du mariage, est débiteur d'une rente viagère. Cette dette, suivant notre droit, tombera en communauté pour tous les arrérages à échoir, si bien qu'après la dissolution de la communauté, celle-ci sera encore tenue au paiement des arrérages jusqu'à la mort du crédi-ren-

tier. Si, au contraire, le Code n'avait pas méconnu le véritable caractère de la rente viagère, la communauté n'aurait eu à payer que les arrérages dus pendant le temps de sa durée ; seul l'époux débiteur de la rente eût été obligé au paiement des arrérages dus postérieurement, ce qui n'eût été que justice. En vain certains auteurs essayent-ils, au cas où la rente viagère forme le prix d'un immeuble propre acquis antérieurement au mariage, de soutenir que la communauté a le droit de se faire indemniser par l'époux débiteur, parce qu'alors la rente viagère constitue une dette relative à un propre, dette dont il est dû récompense aux termes de l'article 1409-1° (1). On leur répond péremptoirement, le Code en main, que les annuités de la rente viagère ne sont autres que des fruits civils, et qu'en vertu de l'article 1409-3°, la communauté doit payer, définitivement et sans récompense, tous les arrérages et intérêts des rentes ou dettes passives qui sont personnelles aux époux (2).

Pendant la communauté, un immeuble propre à l'un des époux a été aliéné moyennant une rente viagère. La rente, *nomen juris*, reste propre à

(1) V. notam. MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 508, p. 322, texte et notes 26 et 27 ; Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXI, n° 421. — Req. rej., 13 juillet 1863, *Sir.*, 63, 1, 329.

(2) En ce sens, MM. Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, t. I, n°s 637 et 638 ; Marcadé, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1509, n° 5. — Cf. une dissertation de M. Labbé, sous Req. rej., 13 juillet 1863, *J. Pal.*, 1863, p. 1063.

l'époux aliénateur, mais les arrérages vont tomber en communauté. Comme ils sont de beaucoup supérieurs aux revenus de l'immeuble aliéné, la communauté va s'enrichir, et cet enrichissement se produira aux dépens du propre de l'époux aliénateur : à la dissolution de la communauté, au lieu de retrouver dans son intégrité le capital qui représentait son immeuble, cet époux ne retrouvera qu'un capital singulièrement amoindri dans sa valeur effective, car, avec les années, la rente viagère s'achemine vers son extinction ; bien mieux, s'il arrive que le conjoint vendeur prédécède et que la communauté se dissolve à son décès, il ne restera à ses héritiers rien du prix de l'immeuble propre par lui aliéné. De là cette question : la communauté doit-elle récompense à l'époux vendeur ou, ce qui est la même chose, à ses héritiers ? Une opinion très-défendue se prononce pour la négative (1), et il faut avouer qu'elle trouve dans le système du Code civil, d'après lequel les arrérages d'une rente viagère sont des fruits et non une portion du capital, un point d'appui très-résistant. L'article 588 dispose que l'usufruitier d'une rente viagère a le droit d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution ; or, la communauté est usufruitière : ne doit-on pas lui

(1) V. notam. Marcadé, *op. cit.* t. V, sur l'art. 1436, nº 2 ; Bugnet sur Pothier, t. VII, p. 312, note 2.

appliquer la règle générale ? — A cela on répond que les règles de l'usufruit ne sont applicables en matière de communauté que sous les modifications qui résultent des principes spéciaux de ce régime matrimonial ; or, parmi ces principes, il en est un qui exige que la communauté ne s'enrichisse pas aux dépens des propres. L'application à l'espèce du droit commun de l'usufruit devant conduire à un résultat antipathique à ce principe, il faut, conclut-on, faire prédominer le principe sur le droit commun. C'est la solution qui prévaut en doctrine et en jurisprudence (1). Nous l'acceptons volontiers, car elle est utile. Mais que de controverses, que d'incertitudes évitées, si le Code avait consacré les vrais principes en matière de rente viagère !

71. Nous pourrions multiplier les exemples sans sortir de la communauté entre époux, nous pourrions aussi envisager la rente viagère dans ses rapports avec l'usufruit, et montrer combien il est anormal que l'usufruitier reçoive, sous forme d'arrérages, des fruits civils plus une partie du capital, alors que, comme usufruitier, il n'a pas droit au capital. Mais à quoi bon ? Aussi bien res-

(1) V. notam. MM. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, § 511, p. 352, texte et note 4 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, nº 78 *bis* ; Laurent, *op. cit.*, t. XXII, nº 466. — Req. rej., 1er avril 1868, *Sir.*, 68, 1, 253 ; Civ. cass., 8 avril 1872, *Sir.*, 72, 1, 224.

sort-il suffisamment des observations qui précèdent que la doctrine de l'unité de la rente viagère, telle que la conçoit notre législation, fausse dans son principe, aboutit en pratique à des conséquences inacceptables. Comment, d'ailleurs, en serait-il autrement? Ayant le choix entre une théorie artificielle, créée pour un état de choses aujourd'hui disparu, et une théorie naturelle, conforme au bon sens et à la raison, sur lesquels le temps n'a pas de prise, les rédacteurs du Code civil ont donné la préférence à la théorie artificielle : ils ont repoussé la doctrine rationnelle du *legatum annuum*, et fait revivre, dans ce qu'elle avait de particulièrement absurde, la doctrine subtile de la stipulation *in annos singulos*. C'est là, on ne saurait le nier, un véritable anachronisme juridique. C'est, en tout cas, pour en revenir au but de notre thèse, la preuve certaine de l'origine romaine de la rente viagère.

TABLE ANALYTIQUE

INTRODUCTION

1. État actuel de la question. — 2. Au premier abord, la solution généralement admise se comprend peu. — 3. But de notre travail. — 4. Division du sujet. . . . . *pages* 7-14

PREMIÈRE PARTIE

EXAMEN GÉNÉRAL DE LA QUESTION. — DISCUSSION DES ARGUMENTS D'ORDRE ÉCONOMIQUE ET MORAL INVOQUÉS CONTRE L'ORIGINE ROMAINE.

5. Division de la première partie. . . . . *page* 15

CHAPITRE PREMIER

RENTE PERPÉTUELLE

6. Objection contre son existence en droit romain. — 7. Réfutation. — 8. Véritable raison du rare usage que les Romains firent de la rente perpétuelle. . . . . *pages* 15-19

CHAPITRE II

RENTE VIAGÈRE

9. Objections contre son existence en droit romain. — 10. Réfutation de l'objection tirée de la liberté du taux de l'intérêt. — 11. Réfutation de l'objection basée sur la prétendue immoralité du contrat de rente viagère. . . . . *pages* 19-26

12. Conclusion. Limitation de la controverse. . . . *pages* 26-27

DEUXIÈME PARTIE

EXAMEN JURIRIQUE DE LA QUESTION. — EXPLICATION DES TEXTES

13. Division de la deuxième partie . . . . . *page* 29

CHAPITRE PREMIER

RENTE PERPÉTUELLE

14. Division du chapitre premier. . . . . *pages* 29-30

PREMIÈRE SECTION

CRÉATION PAR CONTRAT D'UNE CRÉANCE DE PRESTATIONS PÉRIODIQUES A PERPÉTUITÉ

15. De la stipulation de prestations périodiques. — 16. Objet de la créance du stipulant. — 17. Conséquences de l'unité de cette créance. — 18. Pourquoi elle était *incerta*. — 19. Inconvénients qui en résultaient pour le stipulant. Comment on y remédia. — 20. Perpétuité de l'obligation du promettant. — 21. Résumé. La stipulation de prestations périodiques peut intervenir dans une opération soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. . . *pages* 30-40
22. Autres contrats pouvant donner naissance à une créance de prestations périodiques à perpétuité. — 23. Caractères de cette créance lorsqu'elle découle d'un contrat de bonne foi. *pages* 40-44
24. Conclusion . . . . . *pages* 44-44

DEUXIÈME SECTION

PRATIQUE DU CONTRAT DE RENTE PERPÉTUELLE

25. — Appréciation de divers documents. — 26. La Novelle 160. — 27. Fréquence probable de l'opération. — 28. Texte de Paul. — 29. Nature du contrat produisant la reste dans chacun des textes précédents. — 30. *Quid* si le débi-rentier manquait à son engagement ? — 31. Rapprochements entre le droit romain et le droit français. — 32. Conclusion. . . . . *pages* 45-62

TROISIÈME SECTION

LEGS DE RENTE PERPÉTUELLE

33. Principe d'interprétation des legs d'annuités. — 34. Exemples de legs de rente perpétuelle. — 35. De la pluralité du legs d'annuité. — 36. De la *diei cessio* du legs perpétuel. — 37. Chacune des créances qu'il produit est *certa* . . . . . *pages* 62-69
38. Résumé et conclusion . . . . . *page* 69

APPENDICE

DES SOURCES ROMAINES DU BAIL A RENTE FONCIÈRE

39. Ce qu'était la rente foncière. Droit actuel. — 40. Son point de départ se place vraisemblablement, au moins en un certain sens, dans le droit romain. — 41. Du *jus in agro vectigali* et de l'emphytéose. — 42. En quoi les droits de l'emphytéote différaient de ceux d'un véritable propriétaire. — 43. Du *jus privatum salvo canone*. — 44. De la condition de l'emphytéote dans l'ancien droit. — 45. De celle du preneur à rente foncière. — 46. Analogie étroite entre les deux situations. — 47. Conclusion . . . . . *pages* 70-81

CHAPITRE II

RENTE VIAGÈRE

48. Division du chapitre second. . . . . *pages* 81-82

PREMIÈRE SECTION

CRÉATION PAR CONTRAT D'UNE CRÉANCE DE PRESTATIONS PÉRIODIQUES A VIE

49. Principe de la perpétuité des obligations. — 50. Conséquences de l'insertion d'un terme *ad quem* dans une stipulation. — 51. De la promesse de prestations périodiques à vie. — 52. La créance était *una, incerta* et *perpetua*. — 53. Pourquoi elle était *una*. — 54. Motifs de l'appréciation différente que faisaient les Romains de la stipulation et du legs *in singulos annos*. . . . . *pages* 82-90

55. Caractères de la créance d'annuités viagères qui a sa source dans un contrat de bonne foi, dans une vente par exemple. — 56. En quoi l'unité de la créance du vendeur diffère de l'unité de la créance du stipulant. — 57. La créance du vendeur est *incerta*, comme celle du stipulant. . . . . *pages* 90-96

58. Résumé et conclusion. . . . . *pages* 96-97

DEUXIÈME SECTION

PRATIQUE DU CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE.

59. Les Romains usèrent fréquemment de la stipulation de rente viagère. — 60. L'opération se faisait-elle à titre onéreux comme à titre gratuit, ou à titre gratuit seulement ? — 61. Conclusion. *pages* 97-103

TROISIÈME SECTION

LEGS DE RENTE VIAGÈRE

62. Son emploi fréquent à Rome. — 63. En quoi le legs de rente viagère différait de la stipulation *in singulos annos* : — 64. De la multiplicité du legs. Dans quel but cette théorie fut imaginée. — 65. De la *diei cessio* de chaque legs particulier. — 66. Double conséquence du principe de la pluralité du legs de rente viagère. *pages* 107-109

67. La théorie du *legatum annuum* est la seule rationnelle. *pages* 108-109

APPENDICE

DU CARACTÈRE DE LA RENTE VIAGÈRE EN DROIT FRANÇAIS

68. Ancien droit. — 69. Code civil. Réfutation du système de Toullier. — 70. Conséquences déplorables de la fausse doctrine consacrée par le Code. — 71. Conclusion. . . . . *pages* 110-118

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE

SUR LA CONSTITUTION

DE

L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

AVANT-PROPOS

On a comparé, avec autant de justesse que de pittoresque, l'hypothèque conventionnelle à une *pièce en deux actes*. Le premier se passe dans l'étude du notaire : on y assiste à la création du droit réel. C'est la *constitution*. Le second a lieu dans le bureau du conservateur des hypothèques : l'existence du droit créé y est portée à la connaissance de tous les intéressés. C'est l'*inscription*.

Analyser le premier acte de cette pièce, c'est-à-dire rechercher et étudier les conditions de fond et de forme auxquelles doit satisfaire la convention pour engendrer une hypothèque viable : tel est le but que nous nous sommes proposé en entreprenant ce travail.

Certes, le sujet n'est pas nouveau : il a été souvent traité, et, plus d'une fois, de main de maître. Mais quand peut-on dire qu'une matière de droit est épuisée? Le droit n'est pas, il devient sans cesse. Les théories s'affinent, les espèces s'accumulent, les décisions de la jurisprudence viennent compléter et même parfois modifier les résultats de la doctrine. Bien mieux, sous la seule pression des faits, la formule du droit, la lettre de la loi, encore qu'invariablement fixée par le législateur, semble se transformer d'elle-même. « La coutume, qu'on a si bien définie *le droit se satisfaisant en quelque sorte à lui-même*, a une force irrésistible de développement; les textes, si formels qu'ils soient, en présence d'aspects nouveaux, d'habitudes nouvelles, de combinaisons jusque-là ignorées, élargissent comme d'eux-mêmes leur cadre pour y faire place aux procédés qu'imposent les besoins du jour (1) .»

Ce caractère essentiellement progressif de la science du droit se manifeste surtout dans la matière de l'hypothèque conventionnelle, dont l'importance pratique n'est plus à démontrer. Nous verrons notamment, quand nous étudierons la forme du titre constitutif, que les tribunaux, sans refaire l'article 2127 du Code civil, qui exige que la convention d'hypothèque soit constatée par un

(1) M. Beudant, note sous Civ. cass., 8 mai 1878, *Dall.*, 78, 1, 241.

notaire, sont parvenus à l'accommoder, ou peu s'en faut, à nos besoins de rapidité et de simplification. Il nous serait facile, en jetant un regard d'ensemble sur notre sujet, de multiplier les exemples, car, depuis ces dernières années, les conditions de fond non moins que les conditions de forme du contrat d'hypothèque ont fourni à la doctrine et à la jurisprudence un contingent très-respectable de questions nouvelles et intéressantes. Mais ce serait empiéter sur les développements qui suivent.

Préciser le caractère de notre étude, indiquer la marche que nous comptons suivre dans l'exposé de la matière, voilà ce qui, pour le moment, est indispensable. C'est ce que nous allons faire aussi brièvement que possible.

La constitution de l'hypothèque peut être étudiée à divers points de vue : au point de vue historique, au point de vue législatif, auquel nous assimilons le point de vue économique, et au point de vue juridique. Notre intention était d'abord de nous en tenir à ce dernier ; mais nous avons vite compris qu'une institution ne saurait être analysée avec fruit si on ne l'envisage sous tous ses aspects. Il est bon de faire le tour d'une idée. Aussi avons-nous consacré des développements spéciaux, quoique relativement courts à l'histoire de l'hypothèque

conventionnelle et à la plupart des questions que ce précieux instrument de crédit soulève en législation. La crise économique que nous traversons en ce moment a donné à ces questions, notamment à l'intéressant problème de la mobilisation des titres hypothécaires, un cachet d'actualité indéniable, et cette considération n'a pas été la moindre de celles qui nous ont déterminé à en entreprendre l'examen. Est-il besoin d'ajouter que nous n'avons pas manqué de dire quelques mots des législations étrangères, particulièrement de celles qui, comme la législation allemande, admettent, pour la constitution de l'hypothèque conventionnelle, des principes différents des nôtres? Cette incursion dans le droit étranger nous a permis de prendre parti dans une importante question de législation, celle de savoir s'il n'y aurait pas lieu d'exiger la publicité pour l'existence même de l'hypothèque.

Nous avons réservé, d'ailleurs, à la partie juridique la plus large place ; peut-être même l'avons-nous trop longuement développée. Mais le temps nous a manqué pour faire plus court. Notre sujet, qui confine à toutes les matières du droit civil, devait presque fatalement nous entraîner dans l'examen de questions qui ne se posent pas exclusivement pour la constitution de l'hypothèque conventionnelle. Là était l'écueil à redouter, nous

ne nous le sommes jamais dissimulé. Malheureusement nous n'avons pas toujours réussi à l'éviter. Sans doute, les difficultés et l'étendue de notre étude ne sauraient, à elles seules, suffire à nous assurer le succès : nous espérons cependant qu'elles nous vaudront une plus grande indulgence.

Tel que nous le concevons, notre sujet comporte quatre parties principales, qui sont les suivantes :

I. — Introduction historique et critique. — Législation comparée.

II. — Des conditions requises dans la personne du constituant.

III. — De la forme de la constitution d'hypothèque.

IV. — Des énonciations exigées pour la validité de l'acte constitutif.

La quatrième partie sera suivie de deux appendices, le premier consacré à l'examen des créances pour sûreté desquelles l'hypothèque peut être consentie, le second, à un aperçu rapide des modalités dont est susceptible le contrat hypothécaire.

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION HISTORIQUE & CRITIQUE. — LÉGISLATION COMPARÉE

---

1. Dans cette introduction, qui forme à elle seule une des grandes divisions de notre travail, après avoir pris parti dans la question débattue de savoir si les Romains ont emprunté l'hypothèque à la législation grecque, nous nous proposons d'esquisser à grands traits la constitution de l'hypothèque conventionnelle à travers l'histoire, c'est-à-dire dans le droit grec, le droit romain, l'ancien droit français, le droit intermédiaire et le droit français actuel. Puis, concentrant notre attention sur les deux principales conditions exigées par notre Code civil pour la validité de l'acte constitutif d'hypothèque, l'authenticité et la spécialité, nous rechercherons et nous apprécierons les motifs qui ont fait consacrer par le législateur ces restrictions à la liberté des conventions. Enfin, dans un dernier paragraphe, relatif aux législations étrangères qui admettent, pour la consti-

tution de l'hypothèque conventionnelle, d'autres principes que les nôtres, nous nous attacherons surtout à bien montrer en quoi le système des législations germaniques, en matière de constitution de droits réels immobiliers, diffère du système français.

A propos de la loi du 9 messidor an III, nous examinerons dans son ensemble la question de l'hypothèque préconstituée, ce qui nous permettra d'envisager sous une de ses faces le grave problème de la mobilisation des titres hypothécaires.

Chacun de ces points fera l'objet d'un paragraphe distinct, sauf toutefois la question de l'hypothèque préconstituée, qui sera développée en son entier dans le paragraphe V, consacré à l'exposé de la législation intermédiaire.

I. — Question d'origine.

2 De l'origine grecque du mot *hypotheca* (ὑποθήκη), on a inféré que non seulement le nom, mais aussi la chose avait passé des Grecs aux Romains. C'est trop étendre, selon nous, les conséquences d'une simple étymologie, car il semble bien résulter, et des écrits des auteurs latins, et du développement historique des sûretés réelles dans la jurisprudence romaine, que l'institution de l'hypothèque existait chez les Romains long-

temps avant l'introduction dans leur langue du mot *hypotheca*, « *ein neües Wort für eine alte Sache* » (Bachofen, *Das romische Pfandrecht*, p. 632).

3. La première trace du terme grec se trouve dans un passage de Cicéron (*Ad familiares*, XIII, 56), mais il s'agit de biens situés dans l'Asie mineure, et il faut aller jusqu'au traité de Gaïus, *de Formula hypothecaria*, au deuxième siècle de notre ère, pour rencontrer le mot *hypotheca* appliqué à une institution purement romaine (V. notam. lois 4 et 15, D., *De pign. et hyp.*, XX, 1). Or, il est remarquable qu'avant Gaïus, sans parler des *Membranæ* de Neratius (Loi 4, D., *In quib. caus. pign.*, XX, 2), l'Edit perpétuel d'Adrien contenait déjà de nombreuses dispositions (V. notam. Ulpien, *ad Edictum*, lois 6, 8 et 10, D., *De pign. et hyp.*, XX, 1) sur le droit que nous appelons hypothèque, droit qu'il désignait par une périphrase caractéristique, *obligatio rei*, rendant ainsi de la façon la plus heureuse l'idée que la chose est comme obligée au paiement de la dette. Ces dispositions, tirées de commentaires *ad Edictum* et insérées dans un titre du Digeste relatif à la matière de l'hypothèque, ont trait évidemment à ce précieux instrument juridique. Si l'examen des hypothèses qu'elles prévoient pouvait laisser quelque doute à cet égard, il suffirait, pour n'en

plus avoir, d'observer que les jurisconsultes postérieurs, spécialement Gaïus dans les lois 4 et 15 précitées, emploient constamment l'expression *obligatio rei* comme synonyme d'*hypotheca*.

Ceci posé, si nous remontons jusqu'au deuxième siècle avant l'ère chrétienne, nous trouvons dans une comédie de Plaute les deux vers suivants :

Huic homini amanti mea hera apud nos dixit næniam de bonis,
Nam fundi et ædeis obligatæ *sunt ob amoris prandium*.....
(*Truculentus*, acte II, scène I).

Etant donné le sens de l'expression *obligatio rei*, n'est-il pas permis de présumer, en présence des mots *fundi et ædeis obligatæ* employés par le poète comique, que l'institution de l'hypothèque était déjà connue à l'époque éloignée où il a vécu ? Ce qui, avec M. Jourdan (*De l'hypothèque*, pp. 51 et s., 84 et s.), nous confirme dans cette opinion, c'est d'abord, indépendamment des textes relatifs à l'existence, dans le droit administratif de la république, d'une institution appelée *subsignatio prædiorum*, présentant tous les caractères d'une véritable hypothèque (*Lex (Thoria) Agraria*, c. 35, 41 ; *Table de Malaga*, c. 60-63 ; Cicéron, *Pro Flacco*, 32 ; Varron, *De ling. lat.*, V, 40), ce fait que les écrivains des deux derniers siècles avant notre ère parlent souvent, et comme de choses très-connues, de *res pignori oppositæ*, expressions qui impliquent l'idée de *res non depositæ*, de sûretés constituées *sine depositione pignoris* (V. notam.

Plaute, *Pseudolus*, acte I, scène I, vers 83 ; Térence, *Phormion*, acte IV, scène III, vers 56). C'est aussi ce passage de Catulle, dans lequel on ne saurait véritablement voir, comme on l'a essayé, une hypothèse d'aliénation fiduciaire :

Furi, villula nostra non ad Austri
Flatus opposita est, *nec ad Favoni,*
Nec sævi Boreæ aut Apeliotæ
Verum ad millia quindecim et ducentos :
O ventum horribilem atque pestilentem !
(Carmen XXVI, *ad Furium*).

C'est enfin et surtout une formule citée par un célèbre agronome du deuxième siècle avant Jésus-Christ, Caton l'Ancien, qui, à propos d'un contrat dans lequel un fermier promet de payer exactement ses fermages et de fournir de ce chef caution suffisante, rapporte qu'il était d'usage d'ajouter à l'acte la clause suivante : *Donicum solutum erit aut ita satisdatum erit, quæ in fundo illata erunt, pignori sunto : ne quid eorum de fundo deportato; si quid deportaverit, domini esto* (Caton, *De re rustica*, c. 146). Il serait malaisé de ne pas voir dans cette sûreté, purement conventionnelle et indépendante de toute tradition, le premier élément du procédé qui a été imaginé par le préteur Servius pour permettre au fermier d'affecter à la garantie de son prix de ferme les objets mobiliers qu'il a introduits sur le fonds, procédé qui est devenu l'hypothèque (1). N'est-on pas dès lors fondé

(1) V. infrà, nº 12.

à croire que ce Servius, qui n'eut qu'un simple pas à faire pour créer une action énergique au profit du bailleur non payé, a dû vivre un siècle et demi ou deux siècles avant l'ère chrétienne, trois ou quatre siècles, par conséquent, avant l'introduction du mot *hypotheca* dans le langage courant des jurisconsultes Romains ?

4. Il va nous suffire, au surplus, d'exposer à grands traits l'histoire de la formation et de la constitution de l'hypothèque conventionnelle dans chacune des deux législations grecque et romaine, pour exclure de notre matière toute idée d'importation d'Athènes à Rome, et prouver surabondamment que l'hypothèque a été, dans l'une comme dans l'autre civilisation, une création indépendante et originale, une institution qui a eu son évolution propre et a réalisé des progrès différents, mais également dignes de fixer notre attention : car, s'il est vrai que le génie romain a fait de l'hypothèque une belle œuvre théorique, il faut reconnaître à la pratique grecque le mérite d'avoir tenté d'en faire un bon instrument de crédit, en s'efforçant d'organiser la publicité et la spécialité du gage hypothécaire.

II. — Droit grec.

5. Dans les documents incomplets que nous possédons sur l'hypothèque à Athènes, on chercherait

en vain une disposition légale ou une théorie scientifique ; on y constate une très-ancienne coutume (Plutarque, *Vie de Solon*, XX), une pratique générale dont la fréquence nous est attestée par de nombreux détails épars dans les discours de Démosthène, mais on n'y trouve aucune définition de l'hypothèque, aucune notion exacte sur la sûreté positive qu'elle procure au créancier, aucun renseignement précis sur les moyens d'exécution qui la sanctionnent (Cf. M. Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 145).

6. D'après M. Caillemer (*Le Crédit foncier à Athènes*, pp. 10 et 11), l'hypothèque aurait été, en droit grec comme en droit romain, comme d'ailleurs dans toutes les législations, le terme d'une série d'efforts successifs, commençant par une tentative de gage par aliénation avec clause de fiducie, se transformant ensuite en une simple remise de possession, pour devenir enfin une sûreté constituée sans priver le débiteur ni de la propriété, ni de la possession, ni même de la détention de sa chose. Une simple convention suffisait pour atteindre ce résultat, mais, la prudence commandant de se procurer une preuve du contrat, il était d'usage de dresser un acte écrit qu'on faisait signer par des témoins et qu'on déposait entre les mains d'un banquier (1).

(1) V. l'acte cité *in extenso* par Démosthène dans son *Discours contre Lacrite*, traduction de M. Dareste, *Du prêt à la grosse chez les*

7. Ce qui est surtout intéressant dans le droit attique et vaut qu'on s'y arrête, c'est l'ensemble des mesures à l'aide desquelles les Grecs essayèrent de faire de l'hypothèque une institution pratique.

Voici d'abord Théophraste qui nous apprend que, dans certaines provinces, les tiers étaient avertis de la constitution des droits réels immobiliers par une sorte de transcription sur un registre public, ἀναγραφή, des aliénations, plus généralement des contrats se rapportant aux immeubles (Stobée, *Florilegium*, 44, 22, ἐκ τῶν Θεοφράστου). Or, s'il y a un contrat relatif aux immeubles qu'il est éminemment utile de révéler aux tiers, c'est au premier chef le contrat d'hypothèque, car, celle-ci n'ayant de valeur que par le rang qu'elle occupe, les créanciers qui la reçoivent ont tout intérêt à s'assurer qu'elle n'est pas illusoire à raison de l'existence d'hypothèques antérieures : à ce titre, sa publicité devait certainement être assurée par une inscription sur le registre.

En second lieu, nous voyons dans les auteurs grecs, notamment dans Plutarque (*op. et loc. cit.*) et dans Démosthène (Discours contre Spordias, trad. Stiévenard, p. 536 ; 2e disc. contre Onétor, *ibid.*, p. 474 et la note 1, etc...), que le créancier

Athéniens, Rev. hist. de Dr. fr. et étr., 1867, p. 41. — Cf. M. Caillemer, *Le contrat de vente à Athènes*, Rev. de legisl., 1870-1871, p. 661.

faisait placer sur (1) l'immeuble grevé une sorte de borne ou, plus exactement, d'enseigne, ὅρος (Du verbe ὁρᾷν, voir), portant une inscription qui renseignait le public sur la plus ou moins grande solvabilité de l'immeuble, par l'indication du nom du créancier et du chiffre de la créance garantie (2).

C'était là, d'ailleurs, une simple mesure de publicité, et non une condition de validité du contrat hypothécaire (M. Jourdan, *op. cit.*, pp. 148 et 149).

Cette pratique des ὅροι entraînait, par la force même des choses, la spécialité de l'inscription, mais elle n'impliquait pas nécessairement la spécialité de l'hypothèque, et il est souvent fait mention d'une hypothèque de toute la fortune ou de tous les biens du débiteur dans les plaidoyers de Démosthène (3). Seulement, il est probable qu'une telle hypothèque s'entendait de tous les biens présents du constituant, ou, si elle comprenait les biens à venir, tout au moins le créancier devait-il faire placer des ὅρους au fur et à mesure que le débiteur acquérait des immeubles.

(1) D'où le mot ὑποθήκη, qui vient du verbe ὑποτίθημι (ὑπὸ, sous, τίθημι, je place), expression qui a trait à la situation de l'immeuble par rapport à l'ὅρος.

(2) Pour plus de détails sur les ὅροι, v. M. Dareste, *Les inscriptions hypothécaires en Grèce*, Nouv. Rev. hist. de Dr. fr. et étr., 1885, pp. 1 et s.

(3) V. notam. Disc. contre Policlès, § 7 : « ὑποθεὶς δὲ τὴν οὐσίαν τὴν ἑμαυτοῦ. » V. égal. Disc. contre Thimothée, § 12; Disc. contre Aphobos, II, 17 : « τὰ αὐτοῦ πάντα. »

8. Quoi qu'il en soit, les Grecs étaient ainsi arrivés, par un procédé bien imparfait sans doute, mais tout à leur honneur, à réaliser, en un certain sens, non seulement la publicité, mais aussi, d'une part, la spécialité quant au gage hypothécaire, et, d'autre part, la spécialité quant à la créance garantie. Cette observation est digne d'attention, car il nous faudra franchir tout le droit romain et tout l'ancien droit français, réserve faite des Coutumes de nantissement, qui formèrent une exception toute locale au droit commun, pour retrouver la consécration positive du principe de la spécialité, qui constitue pourtant, avec la publicité, la base fondamentale de tout bon régime hypothécaire. S'il convient, en effet, de rendre publiques les charges qui pèsent sur les biens du débiteur, encore faut-il que les tiers et le débiteur lui-même puissent mesurer avec précision l'étendue de ces charges, ce qui n'est possible qu'autant que les biens sont grevés dans la stricte limite de l'intérêt du créancier.

III. — Droit romain.

9. C'est particulièrement au double point de vue de la publicité et de la spécialité que l'hypothèque romaine nous apparaît comme le contrepied de l'hypothèque grecque : tandis que, pour celle-ci,

on multipliait à l'excès des formalités ayant pour but de donner satisfaction aux véritables besoins du crédit réel, celle-là eut le grave défaut de rester absolument occulte et de pouvoir être constituée, sans la moindre restriction, non seulement pour des créances même indéterminées, mais encore sur tous les biens présents et à venir du débiteur (1).

10. De plus, elle s'établissait *nuda conventione*, *per pactum conventum*, sans aucune forme. La présence des parties n'étant pas nécessaire, elle pouvait résulter d'une lettre missive (Scævola, loi 34, p. 1, D., *De pign. et hyp.)* ; on allait même jusqu'à l'induire d'une intention simplement présumée (Modestin, loi 26, p. 1, D., *De pign. et hyp.*). L'écrit, si l'on en dressait un, intervenait donc seulement *ad probationem*, à titre purement privé (Gaïus, loi 4, D., *De pign. et hyp.)* : aussi était-il à craindre qu'un débiteur aux abois n'offrît à l'un de ses créanciers une hypothèque avec antidate.

11. Il est vrai qu'au Bas-Empire, dans l'espoir de porter remède au vice de clandestinité et de parer au danger d'une antidate possible, l'empereur Léon décida que celui dont l'hypothèque serait constatée soit dans un *instrumentum publice confectum*, soit dans un acte signé de trois citoyens *probatæ atque*

(1) Gaïus, loi 15, p. 1, D., *De pign. et hyp.*, XX, 1 ; Loi 9, C., *Quæ res pign.*, VIII, 17.

integræ opinionis, primerait toujours, malgré leur antériorité, les créanciers hypothécaires qui n'avaient qu'un simple titre privé (Loi 11, C., *Qui potior.*, VIII, 18). Mais Léon n'ayant pas fait de la rédaction d'un écrit public ou réputé tel une condition indispensable à la constitution de l'hypothèque, la réforme fut insuffisante, « et le régime hypothécaire romain resta ce qu'il avait été à l'époque classique, une conception admirable de justesse, mais sans organisation pratique, comparable à une horloge bien réglée dont le cadran ne marquerait pas les heures » (1).

12. Cette constitution d'un droit réel par un simple jeu de volontés est un cas presque unique dans la législation romaine, qui a toujours fait une distinction fondamentale entre l'établissement des droits réels et la création des obligations (Paul, loi 3, pr., D., *De obl. et act.*, XLIV, 7). C'est là un phénomène qui ne peut s'expliquer que par l'origine purement prétorienne de l'hypothèque et par les circonstances spéciales dans lesquelles elle a pris naissance. On sait, en effet, que primitivement la sûreté réelle se constituait par une *mancipatio* ou une *cessio in jure* (2), accompagnées d'un pacte de fiducie : le débiteur transférait la propriété au créancier qui s'engageait *contracta*

(1) M. Accarias, *Précis de Dr. rom.*, 2e édit., t. I, nº 287 *in fine*.
(2) V., sur la mancipation et l'*in jure cessio*, *infrà* nº 75.

fiducia à la lui retransférer dès que la dette serait acquittée (Gaïus, II, 60 ; Paul, *Sentences*, II, 13). Plus tard, au lieu de transférer la propriété, on imagina de transférer seulement la possession : ce fut le *pignus*, qui se formait *re*, par une simple tradition (p. 4, *Quibus modis re*, Inst., III, 14). A côté d'inconvénients propres, dans le détail desquels nous n'avons pas à entrer, ces garanties réelles en offraient deux qui leur étaient communs : d'une part, elles épuisaient en une seule fois le crédit de l'objet nanti, quelle que fût sa valeur ; d'autre part, elles privaient, jusqu'au paiement de la dette, le débiteur de l'usage de sa chose et l'empêchaient ainsi d'utiliser cette chose pour se libérer, ce qui était particulièrement gênant pour le fermier dont tout l'avoir consiste d'ordinaire en bestiaux et en instruments aratoires. La pratique avait bien tenté d'y obvier en laissant la chose entre les mains du débiteur, soit à titre de précaire, soit à titre de bail (Gaïus, II, 60 ; Florentin, loi 35, p. 1, D., *De pignor. act.*, XIII, 7) ; mais ce n'était là qu'un palliatif indirect et insuffisant.

Il s'agissait de trouver un procédé allant directement au but et procurant au créancier une garantie sérieuse, sans que le débiteur se dépouillât avant l'échéance de la dette ni de la propriété, ni de la possession, ni même de la simple détention de sa chose. A supposer, en effet, que celui-ci ne

s'exécutât pas à l'échéance, il était toujours temps pour le créancier de faire valoir son droit, de s'emparer du bien affecté à sa créance et d'en poursuivre la vente afin de se payer sur le prix. Le tout était de lui assurer un moyen efficace pour y parvenir. Déjà, nous le savons, l'usage s'était établi d'ajouter aux baux à ferme une clause d'après laquelle le fermier était censé posséder *pignoris nomine*, pour le compte du bailleur, le matériel de culture qu'il introduisait sur le fonds (V. *suprà*, n° 3); la tradition de la *res pignorata* devenait ainsi, *nuda conventione*, purement fictive, ce qui constituait un progrès notable. Qu'un interdit vienne, le cas échéant, procurer au bailleur la possession effective (Gaïus, IV, 147; 3 *De interdictis*, Inst., IV, 15), qu'une action plus énergique encore, l'action Servienne, soit créée pour lui permettre la revendication contre tout détenteur dont le droit n'est pas préférable au sien des objets affectés à la garantie de sa créance (7, *De actionibus*, Inst., IV, 6), et le problème sera résolu : le créancier, tout en laissant au débiteur la propriété et la possession de la chose, tout en lui permettant d'affecter subséquemment cette chose à la sûreté d'autres créanciers, acquerra une garantie solide et efficace. C'est de la généralisation de l'action Servienne, de son extension à tous les cas où, par la seule convention et sans qu'il y eût tradition effective,

un débiteur affectait une chose quelconque, mobilière ou immobilière (1), à l'acquittement de son obligation, qu'est sorti le droit réel d'hypothèque, qui nous apparaît ainsi comme la dérivation naturelle, logique et nécessaire, des progrès successifs de la jurisprudence romaine dans la matière des sûretés réelles.

13. Il n'y avait pas, d'ailleurs, que le propriétaire, dans toute l'acception donnée à ce terme par le droit prétorien, qui pût constituer conventionnellement une hypothèque valable. Cette faculté appartenait à quiconque avait, du moins sous ce rapport, la libre disposition d'une chose susceptible d'être vendue, ou d'un droit dont l'exercice peut être cédé à autrui. Conséquemment pouvaient consentir une hypothèque, dans les limites du droit résultant de leur titre : l'emphytéote et le superficiaire (Scœvola, loi 31, D., *De pign. et hyp.*; Paul, loi 15, D., *Qui potior.*, XX, 4) ; l'usufruitier (Marcien, loi 11, p. 2, D., *De pign. et hyp.)*, mais non l'usager (1 et 2, *De usu*, Inst., II, 5) ; le titulaire d'une servitude rurale (Paul, loi 12, D., *De pign. et hyp.*), mais non celui d'une servitude urbaine (Marcien, loi 11, p. 3, D., *De pign. et*

(1) En matière hypothécaire, comme dans le droit romain en général, on ne faisait aucune différence entre les meubles et les immeubles : tout bien susceptible d'être vendu était également susceptible d'être hypothéqué. (Gaïus, loi 9, p. 1, D., *De pign., et hyp.*).

hyp.), car il n'y a que l'exercice de la première qui puisse être utilement transporté à un autre fonds que le fonds dominant (V. M. Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 662, note 2) ; le créancier, sur son droit de créance (Paul, loi 18, pr., D., *De pignor. act.*, XIII, 7) ; le créancier gagiste ou hypothécaire, sur le gage ou l'hypothèque (Lois 1 et 2, C., *Si pign. pign.*, VIII, 24).

Il va de soi que le copropriétaire hypothéquait valablement sa part de la chose commune ; seulement, après le partage, qui était à Rome une véritable aliénation et s'opérait par mutations réciproques, le droit réel continuait de grever la part indivise sur laquelle il avait été constitué (Gaïus, loi 7, p. 4, D., *Quib. mod. pign.*, XX, 6 ; Papinien, loi 3, p. 2, D., *Qui potior.*, XX, 4).

On pouvait enfin hypothéquer une chose dont on n'était que créancier (Papinien, loi 1, pr., D., *De pign. et hyp.)*, et même une chose sur laquelle on n'avait au moment de la convention aucun droit ni réel ni personnel, pourvu qu'on subordonnât expressément la constitution à cette condition : *Si res debitoris facta fuerit* (Marcien, loi 16, p. 7, D., *De pign. et hyp.*), condition qui finit par être sous-entendue dans les conventions d'hypothèque portant sur des biens futurs (Gaïus, loi 15, p. 1, D., *De pign. et hyp.*) : c'est ainsi que progressivement on arriva à admettre la faculté illimitée

d'hypothéquer les biens à venir, si pernicieuse au crédit (1).

14. A part cette réserve considérable, l'hypothèque pure et simple de la chose d'autrui était nulle, car le pacte d'hypothèque n'avait en principe de valeur qu'autant qu'il créait par lui-même un droit réel, résultat manifestement impossible quand le constituant n'était pas le véritable propriétaire (Loi 6, C., *Si al. res*, VIII, 16); mais ce dernier restait libre de ratifier après coup la convention, auquel cas il la validait rétroactivement (Marcien, loi 16, p. 1, D., *De pign. et hyp.)* Les jurisconsultes reconnaissaient, au surplus, une certaine efficacité à l'hypothèque consentie par un possesseur de bonne foi, en ce sens qu'elle engendrait au profit du créancier une action utile contre le constituant lui-même et contre les tiers auxquels celui-ci aurait été préféré dans l'action Publicienne (Paul, loi 18, et Ulpien, loi 21, p. 1, D., *De pign. et hyp.)*

Si celui qui avait hypothéqué la chose d'autrui en acquérait plus tard la propriété, on distinguait entre le créancier de bonne foi et le créancier de mauvaise foi : au premier, on accordait le droit de rétention lorsqu'il était en possession, l'action hy-

(1) Il va sans dire que, dans ces divers cas, le droit réel ne prenait naissance qu'au moment de l'entrée du bien dans le patrimoine du constituant.

pothécaire utile dans le cas contraire (Paul, loi 41, D., *De pignor. act.*, XIII, 7 ; Loi 5, C., *Si alien. res pign.*, VIII, 16) ; au second, on donnait sans difficulté le droit de rétention, car le débiteur ne méritait pas plus que lui d'être traité avec faveur, puisqu'il était également en faute; mais Papinien lui refusait l'action utile (Loi 1, pr., D., *De pign. et hyp.*).

S'il arrivait, à l'inverse, que le véritable propriétaire devînt héritier du constituant, suivant la doctrine qui semble prédominante, le créancier avait encore l'action hypothécaire (Modestin, loi 22, D., *De pign. et hyp.* — Cf. Ulpien, loi 1, p. 1, D., *De except. rei. vend.*, XXI, 3), l'action utile bien entendu, puisqu'elle était donnée en dehors des règles du droit. Cette action, reposant sur des motifs d'équité, n'était sans doute accordée qu'au créancier de bonne foi. Cependant Paul la refusait même à ce dernier (Loi 41, D., *De pignor. act.*, XIII, 7), et tous les efforts de nos plus grands jurisconsultes, Cujas, Pothier, etc., ont été impuissants à extirper l'antinomie qui existe entre ce texte de Paul et celui de Modestin (1).

15. Pour hypothéquer valablement une chose, il ne suffisait pas d'en être propriétaire dans le sens large que nous connaissons : il fallait aussi

(1) V. Machelard, *Textes sur les hypothèques*, 2e partie, § 1.

être capable de l'aliéner. Voilà pourquoi le pupille, quoique propriétaire, ne pouvait hypothéquer ses biens *sine tutoris auctoritate* (Marcien, loi 1, pr., D., *Quæ res pign.*, XX, 3). Par identité de motif, devaient être également incapables d'hypothéquer, bien que propriétaires: le fou dans ses moments non lucides, le prodigue interdit, et, dans le dernier état du droit, le mineur de vingt-cinq ans en curatelle. Le mari, propriétaire du fonds dotal, ne pouvait ni l'aliéner ni l'hypothéquer (pr., *Quibus alienare licet, vel non*, Inst., II, 8).

Chez d'autres propriétaires, la faculté d'hypothéquer était simplement restreinte par suite de considérations particulières: ainsi le sénatus-consulte Velléien défendait à la femme toute *intercessio*, et partant toute constitution d'hypothèque sur ses biens dans l'intérêt d'autrui (Ulpien, loi 2, D., *Ad Sct. Vell.*, XVI, 1) ; mais elle pouvait très-bien consentir une hypothèque dans son propre intérêt (Papinien, loi 1, p. 4, D., *De pign. et hyp.*). Sous Justinien, l'*intercessio* dans l'intérêt du mari fut seule sérieusement prohibée (Nov. 134, cap. 8).

16. Il y avait enfin des personnes qui, quoique non propriétaires, pouvaient, par exception, aliéner la chose d'autrui : elles avaient de même le droit de l'hypothéquer. Tels étaient le tuteur et le curateur, pourvu d'ailleurs que l'hypothèque fût constituée dans l'intérêt du pupille, du mineur de

25 ans, du fou ou du prodigue (Paul, loi 16, pr., D., *De pign. act.*, XIII, 7), sauf, depuis Constantin, la nécessité d'obtenir un décret du magistrat (Loi 22, C., *De adm. tut.*, V. 37). Tel était aussi le mandataire, soit qu'il eût un pouvoir exprès (Paul, loi 20, D., *De pign. act.*), soit que ce pouvoir résultât clairement des circonstances, par exemple d'une autorisation d'administrer tous les biens d'un mandant habitué à emprunter en donnant des hypothèques comme garantie (Gaïus, loi 12, D., *De pign. act.*). L'esclave et le fils de famille pouvaient également hypothéquer le pécule profectice dont le maître ou le père leur avait concédé la libre administration, puisque dans ce cas on leur reconnaissait le droit de l'aliéner (Paul, loi 18, p. 4, et Marcien, loi 19, D., *De pign. act.*). Mais le père, usufruitier et administrateur du pécule adventice de son fils, ne pouvait ni l'aliéner, ni l'obliger (Lois 4 et 6, C., *De bon. quæ liber. in pot.*, VI, 61) ; cette double faculté appartenait probablement au fils dans les limites de son droit de nue-propriété. Quant aux pécules *castrense* et *quasi-castrense*, il va de soi que le fils de famille avait toute liberté de les aliéner et, par suite, de les hypothéquer, car, à leur égard, il était réputé *paterfamilias* (Ulpien, lois 1, p. 3, et 2, D., *De sct. Maced.*, XIV, 6 ; Loi uniq., C., *De castr. omn. palat. pecul.* XII, 31).

17. Nous en avons ainsi terminé avec les conditions exigées à Rome pour la validité d'une constitution d'hypothèque conventionnelle.

Sans autre transition, nous passons à l'ancien droit français où nous allons constater des modifications remarquables apportées aux principes romains, par suite notamment de l'usage qui s'introduisit peu à peu dans la jurisprudence de faire de la forme authentique un élément substantiel de la convention d'hypothèque.

IV. — Ancien droit français (1).

18. Au treizième siècle, sous le nom d'*obligation*, on rencontre dans notre droit coutumier une clause qui se rapproche sensiblement de l'hypothèque conventionnelle du droit romain. Par cette clause, le créancier obtenait, pour le cas où il ne serait pas payé à l'échéance, l'autorisation de saisir et de vendre à son profit certains biens du débiteur, si l'*obligation* était spéciale, tous ses biens, si elle était générale (Beaumanoir, XX, 12). Le droit de suite et le droit de préférence n'étaient alors, il est vrai, sérieusement attachés qu'à l'*obli-*

(1) Sur cette période historique, nous avons pris en grande partie pour guide les neufs et savants développements donnés par M. Esmein, en 1883, dans ses remarquables *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*.

gation spéciale (1) ; mais il restait encore à l'*obligation* générale un vaste champ d'application, car, outre qu'elle facilitait beaucoup l'exécution des immeubles dans les coutumiers qui accordaient en principe le droit de saisie à tout créancier (Beaumanoir, XXXV, 2), elle était particulièrement utile dans d'autres coutumiers qui n'admettaient pas qu'on pût de plein droit saisir et vendre les biens d'un débiteur qui n'est tenu que personnellement (*Ancien coutumier de Picardie*, Édit. Marnier, p. 94). Sous l'influence croissante du droit romain, la jurisprudence tendit progressivement, d'ailleurs, à attacher pleinement le droit de préférence et le droit de suite à l'*obligation* générale comme à l'*obligation* spéciale, de sorte qu'au seizième siècle, Dumoulin put formuler en ces termes le résultat acquis : « *Regulariser tantum operatur generalis hypotheca quantum specialis.* » (*Coutume de Paris*, art. 43 (nouv.), glos. 1, n° 96).

19. Quoiqu'il en soit, à son début, la clause d'*obligation* était bien éloignée encore de son prototype romain, spécialement en ce que, portant en général sur une tenure féodale, elle devait être acceptée non seulement par le tenancier, mais aussi par le seigneur : « Anciennement l'hypothèque n'estoit acquise pour avoir préférence sur les

(1) V. les textes cités *in extenso* par M. Esmein, *op. cit.*, pp. 183 et suiv.

héritages et biens immeubles du debteur obligez, que par nantissement, mise de fait decrétée par les officiers du seigneur duquel ils estoient tenus et mouvans, ou main assise..... » (Charondas le Caron, *Pandectes du Droit français*, liv. II, ch. 37, p. 340). Il était, en effet, de règle, en droit féodal, qu'on ne pouvait acquérir un droit réel sur un fief ou une censive, sans être au préalable mis en saisine, suivant certaines formes, par le seigneur dont dépendaient ce fief ou cette censive, ou du moins par ses officiers procédant en son nom (*Grand Coutumier de Charles VI*, liv. II, ch. XIX et ch. XXIII ; Bouteiller, *Somme rural*, I, 67).

20. L'ensaisinement, comme mode d'investiture des droits réels, ne tarda pas cependant à devenir facultatif, car, vers la fin du quatorzième siècle, on peut lire dans le *Grand Coutumier de Charles VI* : « Il ne prent saisine qui ne veult (1). » Aussi cette institution, qui avait trouvé dans les légistes des adversaires acharnés, tomba-t-elle peu à peu en désuétude dans la plupart des provinces. Rien d'étonnant dès lors si l'on admit bientôt dans ces provinces que l'*obligation* ou hypothèque résulterait de la seule volonté des parties, comme l'*obligatio rei* du droit romain. « Au pays de Cham-

(1) Edit. Laboulaye, p. 233, liv. II, ch XIX. — Loisel, *Institutes coutumières*, liv. V, tit. IV, § 5. — Art. 55 de la *nouvelle Coutume de Paris*.

paigne et de Brie et d'environ, dit Bouteiller, a lieu obligacion par hypotheque ; car aussitôt que lomme est obligié hypotheque si assiet » (*Somme rural*, I, 25).

21. Il y eut toutefois, dans le nord de la France, un certain nombre de districts, appelés dans la suite *pays de saisine* ou *de nantissement*, qui se fermèrent obstinément au principe romain (1). Dans quelques-uns d'entre eux, la procédure de l'ensaisinement, connue également sous le nom de *vest et devest* et sous celui de *devoir de loy*, fut maintenue; ailleurs, elle se convertit en une simple inscription sur un registre spécial tenu au greffe de la justice foncière du lieu où était situé l'immeuble engagé. Mais, dans tous, le trait caractéristique fut la nécessité de faire la désignation précise des biens hypothéqués : « Toutes alienations et hypotheques d'heritages faites par devoirs de loy, soubs une generalité sont de nulle valeur, pour porter effet ; si les pieces de terres ou heritages ne sont specifiés et designés particulierement, par aboutissants et tenants, ou par autre designation certaine et speciale equipollente », dit l'article 11 du titre V de la *Coutume de Cambrai*, où se prati-

(1) *Coutumes de Vermandois* (art. 119), *Reims* (art. 173 à 175), *Artois* (art. 75), *Amiens* (art. 140 à 145), *Péronne* (art. 260), *Laon* (art, 119), *Cambrai* (titre V, art. 1), *Boullenois* (art. 116), *Ponthieu* (art. 112 à 114), *Montreuil* (art. 30), etc...

quait l'ensaisinement. On lit, d'autre part, dans l'article 260 des *Coutumes du gouvernement de Péronne, Mondidier et Roye*, qui exigeaient l'inscription au greffe: « Sera le dit nantissement endossé audit contrat par ledit seigneur ou garde de justice: et contiendra ledit endossement les terres que l'on entend hypothéquer. »

L'ensaisinement n'était plus, d'ailleurs, dans les pays où il s'était maintenu, indispensable à l'existence même de l'hypothèque: destiné simplement, comme l'enregistrement au greffe, à manifester publiquement cette existence (Argou, *Institution au droit français*, liv. IV, ch. III, *in fine*), il n'était plus requis que pour déterminer l'ordre de préférence entre les créanciers (1). Nous n'avons pas, au surplus, à insister sur ce point. Il nous suffit d'avoir constaté que les coutumes de nantissement, et ce sera leur éternel honneur, s'efforcèrent de réaliser, pour l'hypothèque conventionnelle du moins, deux avantages considérables: d'une part, la publicité, d'autre part, la spécialité quant aux biens frappés d'hypothèque.

Malheureusement ces coutumes formèrent bientôt l'exception, et, dans le reste de la France, on

(1) Basnage, *Traité des hypothèques*, 2e édit., Rouen, 1687, p. 4: « L'effet de l'ensaisinement est limité au droit de préférence et détermine l'ordre des créanciers; mais le défaut d'ensaisinement n'empêche pas le créancier de suivre l'immeuble vendu. »

pratiqua comme à Rome l'hypothèque occulte et générale.

22. A partir du seizième siècle, le pouvoir royal s'efforça bien, à plusieurs reprises, d'étendre à la France entière les bienfaits de la publicité et de la spécialité, mais toutes ses tentatives en ce sens furent à peu près inutiles.

Ainsi, en juin 1581, un édit de Henri III ordonna « que tous les contrats excédant cinq écus fussent contrôlez et enregistrez, faute de quoi l'on n'acquerroit point de droit de propriété ni d'hypothèque sur les héritages. » La mesure était bonne, mais elle avait le grand tort d'être odieuse aux grands seigneurs, trop intéressés à cacher le délabrement de leur fortune pour ne pas mettre en œuvre tous les moyens propres à en paralyser l'exécution : aussi l'édit fut-il rapporté en 1588. L'institution du contrôle se conserva seulement en Normandie, et les conséquences les plus heureuses en résultèrent pour la constitution de l'hypothèque (Basnage, *Traité des hypothèques*, chap. XII).

23. Les avantages de la publicité et de la spécialité de l'hypothèque n'échappèrent pas non plus à Sully qui aurait désiré, nous dit-il lui-même, « qu'aucune personne de quelque condition ou qualité qu'elle pût être n'eût pu emprunter sans qu'il fût déclaré quelles dettes avait déjà l'emprunteur, à quelles personnes et sur quels biens » (Mémoi-

res, liv. XXVI). Un édit de juin 1606, rendu en ce sens par Henri IV, fut aussi mal accueilli que celui de Henri III : il échoua partout, sauf en Normandie où le Parlement voulut bien consentir à l'enregistrer (Basnage, *op. et loc. cit.*).

24. En mars 1673, sur la proposition de Colbert, Louis XIV fit une nouvelle tentative pour organiser la publicité et la spécialité des hypothèques, en rendant un édit « portant établissement de greffes pour l'enregistrement des oppositions des créanciers hypothécaires » (titre de l'édit). Pour donner rang à l'hypothèque du jour même de sa constitution, l'opposition ou inscription au greffe devait être faite dans les quatre mois de la date de l'acte constitutif ; sinon l'hypothèque ne prenait rang qu'à partir de l'inscription. Le greffier était tenu de délivrer, à toute réquisition et sans frais, des extraits de son registre.

Mais cet édit rencontra une opposition encore plus vive que les deux précédents, car à la résistance des grands seigneurs vint s'ajouter celle des gens de justice dont les intérêts se trouvaient compromis par la suppression d'une branche féconde de procès. Ce sont les motifs donnés par Colbert lui-même, dans le *Testament politique* qui porte son nom (Chap. XII, p. 351, édit. de 1693), pour expliquer la révocation de l'édit de 1673, qui eut lieu l'année suivante, au mois d'avril 1674.

25. Après 1674, on ne trouve plus dans notre ancien droit de monument législatif qui ait cherché à faire renaître sous une forme quelconque les grands principes de la publicité et de la spécialité de l'hypothèque. On ne saurait, en effet, attribuer ce mérite à l'édit rendu par Louis XV, au mois de juin 1771, dans le seul but de simplifier les formalités jusqu'alors usitées pour purger les hypothèques. Au point de vue particulier où nous nous plaçons, cet édit fit plutôt un pas en arrière, puisqu'il abrogea, dans son article 35, l'usage du nantissement pour acquérir hypothèque dans les pays où il était encore pratiqué. Ajoutons, d'ailleurs, qu'une réprobation générale et bien légitime ayant accueilli cette mesure, des édits spéciaux ne tardèrent pas à rétablir successivement dans plusieurs coutumes, notamment en Artois, l'usage des nantissements.

A la période révolutionnaire seule devait revenir l'honneur de consacrer définitivement les vrais principes.

26. Si forte qu'ait été l'influence du droit romain sur la jurisprudence des Parlements en matière hypothécaire, elle n'alla pas cependant jusqu'à empêcher une évolution lente, mais considérable, qui s'accomplit progressivement dans le principe générateur de l'hypothèque conventionnelle.

Pendant longtemps, il n'y eut point chez nous

de forme spéciale pour la constitution de ce droit réel : il résultait, comme à Rome, du *nudus consensus*. La prudence commandant toutefois de se procurer une preuve de la convention, l'usage devint bientôt constant d'enchâsser, pour ainsi dire, la volonté des parties dans certaines formes qui avaient pour effet, non pas de créer une hypothèque déjà née, mais uniquement de constater d'une façon plus ou moins durable le fait et la date de cette naissance.

27. Voici, d'après l'intéressant mémoire de M. Esmein et les sources auxquelles il nous renvoie (pp. 210 et s.), les procédés auxquels on recourut pour atteindre ce but :

Au premier rang se plaça le consentement verbal donné en présence de témoins, ce qui s'explique à merveille dans une législation qui suivait la maxime « *Témoins passent lettres* » (Bouteiller, *Somme rural*, I, 106 ; *Ancienne Coutume de Bretagne*, art. 194). Les roturiers usaient fréquemment de ce mode de preuve.

28. Mais les gentilshommes et les principaux ecclésiastiques se servaient surtout de lettres portant leur sceau. Beaumanoir nous donne de nombreux exemples de cette manière de constater la convention d'hypothèque au treizième siècle (XXXV, 2 et 17 à 22), et Bouteiller la signale également à la fin du siècle suivant : « Obligation, dit-

il, si est quand un homme de fief se oblige sur son seel » (*Somme rural*, édit. de 1486, f° 39, col. 1). On trouve encore d'autres exemples de ces lettres obligatoires dans quelques arrêts des Parlements de Paris et de Toulouse, rapportés à la suite du *Stylus parlamenti* (Edit. d'Aufrerius, f° 23, 7° — f° 31, 1° — f° 35, 7°). Leur force probante ne saurait, au surplus, faire aucun doute en présence des explications précises de Durandi, dans son *Speculum juris* (L. II, part. II, *De instrumentor. edit.*, n^os^ 298 et 352).

29. Enfin, en parcourant les monuments juridiques du quatorzième siècle, on rencontre souvent des *obligations* ou hypothèques contenues dans des *chirographes*, autrement dit dans des actes rédigés sous la signature privée de l'obligé, actes auxquels on attribuait, d'ailleurs, la même force probante qu'aux lettres scellées (Bouteiller, *Somme rural*, I, 25 et 106). L'*Ancien coutumier de Picardie*, cité plus haut, vise en plusieurs passages des hypothèses de ce genre (Edit. Marnier, pp. 25, 90 et 91), et l'article 27 de la *Coutume de la Ville et Septène de Bourges* (Bourdot de Richebourg, III, p. 878) porte cette rubrique : « De ceux qui se obligent sous leur seel ou seing manuel. »

En résumé donc, l'intervention de témoins, la lettre scellée et l'acte sous seing privé furent au début les trois procédés employés pour constater la

constitution d'une hypothèque conventionnelle.

30. Mais ces procédés, empruntés au système général des preuves admises dans le très-ancien droit français, subirent de bonne heure, sous l'influence des causes les plus diverses, de graves modifications.

Ainsi, la transition progressive du régime féodal à celui de la monarchie absolue fit perdre peu à peu son importance propre et sa force probante spéciale au sceau privé des gentilshommes, car c'était là une prérogative qui ne se comprenait qu'autant que celui qui en usait avait en main quelque démembrement de la puissance publique. Un moment vint, vers le milieu du seizième siècle, où il n'y eut plus, au point de vue qui nous occupe, la moindre différence entre le sceau privé d'un noble et la simple signature d'un roturier (Ordonnance de Moulins de février 1566, art. 54). Dans la première moitié du seizième siècle, Dumoulin n'admettait déjà plus d'exception que pour les sceaux des plus grands seigneurs, sans doute parce que, de son temps, ils participaient encore au pouvoir public en une certaine mesure (*Coutume de Paris*, art. 8, glos. 1, n^os^ 12 et 13).

31. Quant aux actes sous signature privée, ils n'eurent plus par eux-mêmes, dès le seizième siècle, aucune force probante ; les jurisconsultes ne voyaient en eux que des instruments propres à fa-

voriser la mauvaise foi : « *Increbescente hominum malitia et rarescente fide hujusmodi privatæ scripturæ jamdudum cœperint esse nullius fidei* » (Dumoulin, *ibid.*, n° 11). Mais la jurisprudence, répondant aux besoins de la pratique, admit bientôt que le signataire apparent de l'acte pourrait être cité en justice pour reconnaître ou contester son écriture. S'il la reconnaissait, le titre acquérait une force probante complète (Rebuffe, *De chirog. recognit.*, p. 113) ; s'il la contestait, on en ordonnait la vérification tant par pièces de comparaison que par témoins, et si l'on prouvait contre lui qu'elle était sienne, un jugement intervenait qui la tenait pour reconnue, auquel cas l'acte faisait également pleine preuve (Rebuffe, *ibid.*, p. 116, nos 31, 33 et 34). La reconnaissance et la vérification produisaient les mêmes effets à l'égard des écrits scellés et non signés. L'ordonnance de Villers-Cotterets d'août 1539, après l'article 107 de la *Coutume de Paris*, consacra législativement cette jurisprudence dans ses articles 92 et 93.

32. Seule, la preuve testimoniale conserva, jusqu'à la seconde moitié du seizième siècle, toute sa force et tout son empire. Aussi, tandis que les lettres scellées et les chirographes perdaient progressivement leur énergie propre, le témoignage oral continuait-il à donner au créancier le moyen d'établir envers et contre tous le fait et la date de

la constitution d'hypothèque, non seulement quand il invoquait un contrat verbal, mais encore quand il produisait un titre sous signature privée ou un écrit scellé (Dumoulin, *ibid.*, nº 16).

Cette ressource ne devait pas, d'ailleurs, tarder à disparaître à son tour. La célèbre ordonnance de 1566 vint, en effet, supprimer presque entièrement la preuve testimoniale, en prescrivant, d'une part, de passer acte écrit de tout contrat excédant la somme de cent livres, et en défendant, d'autre part, quand un acte avait été dressé, de prouver par témoins à l'encontre de ses dispositions, même au-dessous de cent livres (art. 54). C'était rendre désormais impossible la preuve par témoins d'une constitution d'hypothèque non constatée par écrit, lorsque la créance dépassait la somme de cent livres.

33. Mais de quel genre d'écrit était-il question dans cette ordonnance de 1566 ? Ce n'était évidemment ni de la lettre scellée ni de l'acte sous seing privé, tombés à cette époque dans le plus profond discrédit. L'ordonnance ne pouvait viser que les deux seules classes d'actes qui faisaient alors pleine preuve de leur contenu : d'abord, les actes revêtus du sceau de l'autorité publique, c'est-à-dire passés par-devant notaires ; en second lieu, les actes privés (scellés ou signés) reconnus ou vérifiés en justice. Aussi peut-on, après l'ordonnance de Mou-

lins, formuler avec M. Esmein la règle suivante : « Jusqu'à la valeur de cent livres, l'hypothèque peut être assurée même en vertu d'un contrat verbal ou d'un acte sous seing privé ; au-dessus de cette somme, elle ne peut produire immédiatement ses effets que lorsqu'elle est constituée dans un acte authentique » (*op. cit.*, p. 221). Il est remarquable que c'est là précisément la formule qui fut donnée par la *nouvelle Coutume de Bretagne*, à la fin du seizième siècle (art. 176 et 177). Nous devons cependant citer, comme faisant exception à cette règle générale de la fin du seizième siècle, le ressort du Parlement de Normandie, où l'institution du contrôle, loin de disparaître presque aussitôt après son établissement, comme dans le reste de la France, s'était maintenue et consolidée (V. *suprà*, n° 22) et avait ainsi rendu à l'acte sous seing privé toute sa faveur et toutes ses applications. Aussi était-il admis en Normandie que l'hypothèque pouvait résulter de tout acte sous seing privé, pourvu qu'il eût acquis date certaine par le contrôle (Basnage, *Traité des hypothèques*, chap. XII).

34. Ce cas spécial mis à part, de tout ce que nous venons d'exposer il ressort clairement que, jusqu'à la fin du seizième siècle, il n'y eut point en réalité de forme spéciale pour la constitution de l'hypothèque conventionnelle ; seules les modi-

fications successives de la théorie des preuves avaient restreint peu à peu, sans toutefois la supprimer, la liberté des parties.

Mais de ce qui n'était qu'une question de preuve, la jurisprudence tendit progressivement à faire un élément substantiel. A force de voir la constitution d'hypothèque et l'acte authentique marcher presque toujours de pair, elle se laissa entraîner à considérer l'un comme la condition nécessaire de l'autre, et à substituer au vieux principe cette règle nouvelle : *L'hypothèque conventionnelle ne peut résulter que d'un acte authentique* (V. M. Esmein, *op. cit.*, p. 222).

35. Nous voici déjà bien loin de notre point de départ, le *nudus consensus*. La jurisprudence devait bientôt s'en éloigner davantage encore, en faisant dériver de plein droit l'hypothèque de tout acte en forme authentique, indépendamment d'une clause spéciale en ce sens. C'est qu'en effet, l'usage étant devenu constant d'insérer dans les contrats une clause d'hypothèque, il était naturel qu'on la sous-entendît, comme toute clause de style, dans les actes où le rédacteur avait oublié de la mentionner, suivant la maxime « *In contractibus tacite veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis.* » De là cette sentence de Loisel : « *Contrats passés sous scel de cour laie engendrent hypothèque* » (*Institutes coutumières*, liv. III, tit. VII, § 13 et 14),

qu'on peut traduire par cette autre formule : *Tout contrat en forme authentique emporte hypothèque, sans autre stipulation.* C'est ce résultat final que constate fort nettement Pothier, lorsqu'il nous dit en parlant des actes munis du sceau de l'autorité publique : « Ces actes produisent cette hypothèque, non seulement lorsqu'elle y est expressément stipulée, mais quand même il n'y en aurait aucune mention ; cette convention d'hypothèque y étant toujours sous-entendue » (*Traité de l'hypothèque*, n° 10).

36. En résumé donc, la convention nue d'abord, — puis la convention constatée dans un acte authentique, — et enfin l'acte authentique sans convention : telles furent les trois phases de l'élaboration continue que subit dans notre ancien droit la cause génératrice de l'hypothèque conventionnelle.

37. Cependant, une autre évolution, non moins intéressante à constater, se produisait dans les effets de l'acte constitutif d'hypothèque, au point de vue de l'étendue du gage hypothécaire (1). Nous

(1) Rappelons incidemment, à ce propos, que le droit commun des Coutumes n'admettait pas l'hypothèque des meubles (V. notam. les Cout. d'Orléans (art. 447) et de Paris (art. 170). Dans les pays de droit écrit et dans un petit nombre de Coutumes, comme celle de Normandie (art. 593), les meubles étaient susceptibles d'hypothèque, mais d'une hypothèque imparfaite, conférant un simple droit de préférence. Ce qu'il y a de curieux, c'est que partout la

avons vu que, dans le très-ancien droit français, l'*obligation* pouvait être, comme à Rome, spéciale ou générale, au gré des parties et par l'effet de leur seule volonté. Mais, le créancier dictant partout et toujours les clauses du contrat, il arriva chez nous, lorsqu'il n'y eut plus de différence quant au droit de préférence ni quant au droit de suite entre l'*obligation* générale et l'*obligation* spéciale, ce que nous avons signalé en droit romain (V. *suprà*, n° 13) : un créancier avisé ne manqua jamais d'exiger que le débiteur obligeât tous ses biens ; aussi la convention d'hypothèque générale devint-elle bientôt une clause de style et finit-elle par être sous-entendue. « Pour ce qu'en tous les contracts, dit Loyseau, par un stile ordinaire des notaires on s'est accoustumé d'insérer la clause d'obligation de tous les biens, on a enfin tenu pour règle que tous contracts portoient hypotheques sur tous les biens, comme ceste clause estant sous entendue, si elle avoit été obmise » *(Du déguerpissement*, liv. III, ch. I, n° 15). Rien d'étonnant, dès lors, si les hypothèques se multiplièrent à tel point dans notre ancienne France que le même auteur put dire ailleurs avec raison : « Nul ne se peut vanter que ses biens ne soient pas obli-

règle était rendue par la même formule : Meubles n'ont pas de suite par hypothèque, reproduite littéralement par l'art. 2119 du Code civil.

gez, si en sa vie il a passé quelque contract. Et puisque l'hypotheque suit perpétuellement la chose en quelque main qu'elle passe, il s'ensuit qu'il est fort malaisé de rien acquérir qui ne soit chargé de plusieurs hypotheques » (*Traité de la garantie des rentes*, n° 7).

38. De cette hypothèque générale attachée de plein droit aux actes notariés, il ne faudrait pas conclure qu'il ne fut plus dès ce moment loisible aux parties de restreindre le droit du créancier à un ou plusieurs immeubles déterminés. « L'hypothèque n'étant pas de droit public, dit Bourjon, on y peut déroger ; en effet, comme l'acte authentique et passé pardevant notaires, l'emporte de droit sur tous les biens de l'obligé, il peut, par la convention, restreindre l'hypothèque sur de certains biens ; et l'ayant fait, cette clause n'ayant rien de contraire aux bonnes mœurs ni aux lois prohibitives et négatives, produit son effet, rien n'étant plus légitime que de faire exécuter des clauses des conventions de cette nature » *Le Droit commun de la France*, liv. VI, tit. VI, ch. I, sect. VII, LI). Seulement, comme il était de règle que l'hypothèque spéciale ne dérogeait pas à la générale (Pothier, *Traité de l'hypothèque*, n° 4), force était aux parties, pour donner à la clause un effet utile, de procéder par voie d'élimination, en affranchissant expressément certains biens de l'hypothèque géné-

rale qui se concentrait ainsi sur les biens non exclus (Bourjon, *op. et loc. cit.*). Mais ce cas devait se présenter très-rarement dans la pratique, le créancier, maître de la convention, étant trop intéressé à avoir hypothèque générale sur tous les biens de son débiteur.

39. Les cas exceptionnels mis de côté, si, afin de constater les résultats acquis, nous combinons entre eux les divers principes auxquels nous venons de voir s'arrêter finalement la jurisprudence, tant au point de vue de la forme de l'acte constitutif d'hypothèque qu'au point de vue des conséquences de l'emploi de cette forme, nous pouvons résumer le dernier état de l'ancien droit français en notre matière dans les deux propositions suivantes :

1°) *L'hypothèque conventionnelle ne peut résulter que d'un acte authentique.*

2°) *Tout contrat en forme authentique emporte de plein droit hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur.*

C'étaient là deux règles absolues quand survint la Révolution.

40. Il nous resterait maintenant, avant de rechercher ce que sont devenues ces deux règles à l'époque révolutionnaire, à examiner quelles étaient les conditions requises par notre ancienne législation dans la personne de celui qui voulait consentir

une hypothèque. Mais, l'ancien droit français n'ayant en rien, ou à peu près, car il faut tenir compte de la différence des institutions, modifié dans leurs grandes lignes les principes généralement admis sur ce point en droit romain, ainsi qu'on peut s'en convaincre en parcourant la partie du *Traité des Hypothèques* de Pothier, intitulée : *Par qui les choses peuvent-elles être hypothéquées ?* (nos 44 à 55), nous laisserons de côté, pour le moment, cet ordre d'idées, sauf à y revenir éventuellement à propos de certaines questions particulières qui se posent dans notre droit actuel. Jusque-là, nous nous en tiendrons aux conditions requises en dehors de la personne du constituant.

V. — DROIT INTERMÉDIAIRE.

41. On sait que l'abolition des droits féodaux, unanimement réclamée dans les cahiers des Etats généraux de 1789, fut l'une des premières réformes accomplies par l'Assemblée Constituante. Du même coup devait disparaître le nantissement ou *devoir de loy*, dans les pays où il était encore pratiqué. Cette abrogation fut l'œuvre du décret du 27 septembre 1790, qui remplaça les anciens usages par une nouvelle formalité dont le but était de consommer la constitution de l'hypothèque (Martou,

Des privil. et hypoth., t. II, n° 686) : la transcription de la grosse du contrat au greffe du tribunal de district de la situation des biens. Ce n'était là, d'ailleurs, qu'une mesure locale et transitoire, applicable dans les seuls pays de nantissement, et destinée à disparaître dans la réforme générale du régime hypothécaire.

42. La première loi générale est due à la Convention : c'est le décret du 9 messidor an III, dont l'intérêt est purement historique, puisqu'il ne fut point ou guère appliqué (1).

Ce décret-loi exigea formellement, dans son article 3, l'authenticité et la publicité de l'acte constitutif d'hypothèque : « Il n'y a d'hypothèque que celle résultant d'actes authentiques inscrits sur des registres publics, ouverts à tous les citoyens. » Mais il omit de consacrer le principe de la spécialité. Tout titre public devait bien, à la vérité, déterminer le montant de la créance pour conférer hypothèque (art. 16) ; mais, cette condition remplie, il donnait hypothèque de plein droit sur les biens présents et à venir des obligés, et même, ce

(1) Req. rej., 26 janvier 1807, *Sir.*, 7, 1, 207. — L'exécution de la loi de messidor fut soumise à plusieurs ajournements successifs par des décrets du 25 frimaire an IV (*Moniteur universel*, an IV, p. 364), du 19 ventôse an IV (*Moniteur universel*, an IV, p. 695) et du 14 prairial an IV (*Moniteur universel*, an IV, p. 1031). — V. cepend. l'art. 37 de la loi du 11 brumaire an VII, lequel assure l'effet des inscriptions prises conformément à la loi du 9 messidor an III.

qui était exagérer encore le principe de la généralité, tel qu'on le concevait dans l'ancien droit (1), sur ceux de leurs héritiers (art. 19).

43. Ce qu'on retient surtout du décret de messidor, c'est sa tentative, fort curieuse à étudier, pour résoudre le problème d'ordinaire assez improprement qualifié de problème de la *mobilisation du sol*, et que, dans le cas présent, il est plus conforme à la vérité des choses de désigner sous le nom de problème de la *mobilisation du crédit foncier*, ou, plus exactement encore, sous celui de problème de la *mobilisation des créances hypothécaires*. Mobiliser les créances hypothécaires, c'est en faciliter la cession, et, comme conséquence, élargir le crédit de la terre, en mettant le gage foncier en rapport avec un nombre de capitaux plus considérable. Pour y arriver, le législateur de l'an III a imaginé un système dans lequel l'hypothèque est constituée indépendamment de toute créance : c'est le système de l'*hypothèque préconstituée* ou de *l'hypothèque sur soi-même* (2). En raison de l'importance du sujet, nous croyons devoir ouvrir ici une grande parenthèse dans laquelle nous sui-

(1) « Générale hypothèque de tous biens comprend les présens et à venir, et non ceux des hoirs. » (Loisel, *Inst. cout.* liv. III, tit. VII, § 21.)

(2) La question de l'hypothèque préconstituée a, selon nous, un rapport direct, sinon étroit, avec l'étude de la constitution de l'hypothèque conventionnelle. Voilà pourquoi nous avons jugé indispensable d'en donner un aperçu.

vrons la question de l'hypothèque préconstituée depuis la loi de l'an III jusqu'à l'époque actuelle. A défaut d'autre mérite, cette façon de procéder aura au moins celui de l'unité. Nous reprendrons ensuite l'historique de la constitution de l'hypothèque conventionnelle.

De l'hypothèque préconstituée. — Examen général de la question.

44. D'après l'article 36 de la loi du 9 messidor an III, le propriétaire foncier qui voulait avoir entre les mains, avant tout emprunt, une garantie hypothécaire préconstituée et immédiatement disponible, pouvait prendre hypothèque *sur lui-même*. Il lui suffisait de se présenter au bureau du conservateur des hypothèques et de se faire délivrer une ou plusieurs *cédules hypothécaires*, c'est-à-dire un ou plusieurs titres écrits constatant son consentement à subir sur son immeuble le paiement d'une certaine somme. Le nombre des cédules n'était pas limité, mais leur ensemble ne devait pas représenter plus des trois quarts de la valeur vénale de l'immeuble affecté, déduction faite préalablement du chiffre des hypothèques déjà inscrites (art. 80 et 81). Cette valeur était établie sur la déclaration du propriétaire, sous la responsabilité du conservateur, qui pouvait, en cas de désaccord avec le propriétaire, recourir à une expertise (art. 48 à 77).

La cédule une fois délivrée, le propriétaire, fictivement son propre créancier hypothécaire, avait en quelque sorte en portefeuille une portion de la valeur de son immeuble, et, quand il lui convenait de se procurer de l'argent, il négociait la cédule, qui était transmissible par voie d'endossement. Le cessionnaire gardait le titre jusqu'à l'échéance ou il l'endossait à son tour, s'il voulait rentrer dans ses fonds. La cédule pouvait ainsi passer de main en main, comme un véritable effet de commerce, au moyen d'endossements successifs, pendant une durée qui ne devait pas excéder dix années. Au jour indiqué sur la cédule pour l'échéance de la dette, le porteur quelconque, au nom de qui elle était endossée, réclamait son paiement au propriétaire, et, à défaut de paiement, il faisait vendre aussitôt l'immeuble, grâce à une procédure rapide d'expropriation, et se payait sur le prix (1).

45. C'était là, il faut en convenir, une innovation quelque peu hardie à l'époque où elle se produisait. Elle touchait à la nature même de l'hypothèque et la transformait. En effet, dans nos idées juridiques, suivant une conception traditionnelle qui a son point de départ dans la législation romaine (Ulpien, loi 43, D., *De Sol.*, XLVI, 3),

(1) V., pour plus de détails, M. J. Challamel, *Etude sur les cédules hypothécaires*, Paris, 1878, § 9 et s.

l'hypothèque est à tous égards un droit accessoire, qui, comme tel, ne se comprend qu'autant qu'il se rattache à un autre droit, à une créance dont il a pour but d'assurer le paiement. Or, l'esprit se refuse à admettre qu'une personne puisse avoir une créance sur elle-même. En vain dit-on que l'hypothèque sur soi-même de la loi de messidor était une hypothèque constituée en garantie d'une créance fictive qui devenait réelle lors du premier endossement de la cédule : il n'en reste pas moins vrai qu'avant ce premier endossement, l'hypothèque existait *per se*, qu'elle était créée comme droit se suffisant à lui-même, indépendant de toute créance, et il y avait là, nous le répétons, une innovation juridique qui ne manquait pas de hardiesse.

46. Mais, sans s'attacher à cette considération de droit, indifférente au point de vue législatif, il y a lieu de reconnaître que la faculté pour le propriétaire de prendre d'avance hypothèque sur son propre immeuble ne laissait pas de lui être fort avantageuse, en ce qu'elle lui permettait de se tenir prêt à toute éventualité, d'avoir toujours à sa disposition un titre hypothécaire immédiatement utilisable : trouvait-il l'occasion de faire un emprunt dans de bonnes conditions, ou bien avait-il un besoin pressant d'argent, il prenait dans son portefeuille une cédule et l'endossait aussitôt au capita-

liste qui lui avançait les fonds, sans être obligé d'attendre l'accomplissement de toutes les formalités relatives à la constitution de l'hypothèque, sans avoir non plus, ce qui a son importance, à révéler aux tiers sa situation financière, puisque, la création des cédules, seule publique, n'impliquant par elle-même aucun emprunt, il était impossible de savoir si elles étaient demeurées dans le portefeuille du propriétaire ou avaient été remises à des prêteurs. Sans doute, des abus étaient à craindre. « L'hypothèque précédait l'obligation, s'écrie Troplong! Elle avait date avant le besoin, et, par conséquent, elle le faisait naître, elle le sollicitait, elle le poussait jusqu'à l'excès » (*De la vente*, t. II, n° 906). Mais il ne faut rien exagérer: les meilleures choses deviennent mauvaises quand on en abuse, et la loi n'a pas pour mission de protéger contre lui-même l'homme majeur qui veut se ruiner, à moins qu'elle ne le considère par avance comme un prodigue ou un fou. Le dissipateur peut fort bien, d'ailleurs, gaspiller sa fortune sans recourir à l'hypothèque sur soi-même, et, s'il utilise ce dernier moyen de crédit pour se procurer de l'argent, il a encore l'avantage de le payer moins cher.

Ce qu'il faut, en effet, également admirer dans le décret de messidor, comme réalisant un progrès évident, c'est son système de transmission rapide et sans frais des titres hypothécaires: tandis que

la créance hypothécaire ordinaire restait enchaînée dans les formalités du transport par acte authentique, avec notification et enregistrement au bureau des hypothèques (art. 84 et 85), une simple mention mise par le cédant au dos du titre suffisait pour opérer la cession de la créance cédulaire. De là, pour celle-ci, au point de vue des avantages qu'elle procurait aux prêteurs et aux emprunteurs, une supériorité considérable sur la première: sûr de pouvoir rentrer dans ses avances du jour au lendemain, sans aucune difficulté, sans la moindre perte, par la négociation de son titre, et n'ayant plus dès lors à attendre l'exigibilité de la créance pour réaliser la valeur par lui engagée, ni à compter avec les lenteurs et les incertitudes de l'expropriation forcée, le prêteur pouvait tout à la fois se contenter d'un intérêt moins élevé, puisque l'indisponibilité de son capital était moins grande et la certitude du recouvrement plus complète, et consentir une échéance beaucoup plus éloignée, puisqu'il avait la faculté de rapprocher à son gré le jour du remboursement; de son côté, l'emprunteur trouvait de l'argent à bon marché et jouissait d'un crédit à long terme, avantages éminemment précieux pour l'agriculteur, qui ne reconstitue que péniblement et avec le temps le capital à l'aide duquel il a fécondé sa terre.

47. A coup sûr, en créant l'hypothèque cédu-

laire, les auteurs du décret de messidor se sont fort peu souciés d'élargir le crédit foncier, d'attirer les capitaux vers les placements immobiliers. C'est, en quelque sorte, par accident qu'ils ont imaginé un système hypothécaire digne de fixer plus tard l'attention des économistes et des jurisconsultes. Dans leur pensée, l'hypothèque sur soi-même, au lieu d'être un instrument propre à servir au crédit de la terre, n'était qu'un moyen commode de créer du numéraire, en battant monnaie avec le sol. Il suffit, pour s'en convaincre, de remarquer que les cédules ne portaient pas intérêt, qu'elles ne pouvaient, par conséquent, être gardées en portefeuille, mais étaient destinées à circuler, comme de véritable billets de banque. On en faisait ainsi une sorte de papier-monnaie, une espèce nouvelle d'assignats, les assignats de la propriété privée. Les Conventionnels, d'ailleurs, loin de cacher le but financier par eux poursuivi, le proclamaient hautement. « La nation, dit Johannot dans le rapport qu'il déposa le 16 floréal an III (*Moniteur universel*, an III, p. 934), trouvera dans les cédules d'hypothèque sur les biens nationaux un gage spécial à donner aux assignats émis. Elle y trouvera aussi des ressources pour les dépenses futures, sans faire de nouvelle émission d'assignats. Les cédules assurent la rentrée prompte de ce qui reste dû sur les biens nationaux

vendus. Divers moyens de les échanger contre des assignats, opèreront une rentrée considérable de ces derniers. »

48. Né dans de pareilles conditions, non exempt d'ailleurs des imperfections de détail, des vices de construction inhérents à toute innovation (1), le système de l'an III eut de plus la mauvaise chance de faire son apparition à une époque de trouble, qui empêcha de le soumettre à l'épreuve de l'expérience, et la Convention elle-même, mue probablement plutôt par une pensée politique (2) que

(1) Indépendamment de la faute capitale que commirent les législateurs de l'an III en faisant de la loi de messidor une mesure purement financière, c'est avec une juste raison qu'on leur a reproché de n'avoir pas laissé au prêteur le soin d'apprécier lui-même, sous sa propre responsabilité, la valeur du gage à lui offert : la responsabilité du conservateur était une garantie aussi injuste qu'illusoire, et l'expertise, à laquelle il eût fallu souvent recourir, entraînait des lenteurs et des frais. Un autre tort des législateurs de messidor, c'est d'avoir donné aux cédules délivrées simultanément sur un même fonds un rang égal d'inscription, et d'avoir ainsi privé l'emprunteur de l'avantage d'offrir d'abord des sûretés inférieures et de réserver pour des temps plus difficiles les garanties préférables. On peut aussi sérieusement critiquer l'absence de garantie hypothécaire pour les intérêts de la créance et la durée limitée des cédules, qui perdaient toute valeur dans un délai maximum de dix années, et ne pouvaient par suite être employées utilement dans les prêts à longue échéance.

(2) « C'est peut-être, dit Duvergier, pour expliquer les prorogations successives qu'eut à subir la loi de messidor, parce qu'elle aurait ouvert une voie facile pour échapper à la loi de confiscation qui, dans ces temps déplorables, était employée, à la fois comme un moyen puissant de répression et comme une ressource financière. » *De la vente*, t. II, p. 256.

par la conscience des défauts de son œuvre, recula devant son application.

49. Pendant longtemps même, le principe de l'hypothèque sur soi-même fut pour beaucoup de jurisconsultes un véritable sujet d'épouvante (V. notam. Troplong, *Des priv. et hyp.*, préf.), et les anathèmes les plus violents furent lancés contre lui, lors de l'enquête administrative de 1841 sur la réforme hypothécaire : on le considérait comme une utopie révolutionnaire, dont la réalisation aurait eu pour résultat inévitable de « créer sur la propriété un jeu nouveau de bourse et d'agiotage », d'ébranler les fortunes, de ruiner les familles, etc. (1).

Seul un conseiller à la Cour de Metz osa proposer, avec quelques modifications, une combinaison calquée sur le système du décret de messidor (Observ. de la Cour de Metz, *Doc hyp.*, t. I, pp. 559 et 560). Il ne fut pas écouté, cela va sans dire, et quand, en 1850, la discusssion de la réforme hypothécaire s'ouvrit devant l'Assemblée législative, nul ne songea à reprendre la question de la mobilisation du crédit hypothécaire dans les termes où la Convention l'avait posée.

(1) V. notamment les observ. des Cours de Besancon, de Dijon et de Pau, *Documents relat. à la réforme hypoth.*, publiés en 1844 (3 vol.), par ordre de M. Martin (du Nord), garde des sceaux, t. I, pp. 522, 532 et 567.

50. Nous sommes loin de croire cependant que le principe de l'hypothèque préconstituée soit définitivement condamné en France. Depuis quelques années, en effet, la nécessité d'apporter un remède aux maux dont souffre actuellement la propriété foncière a conduit plusieurs bons esprits à étudier avec attention et sans parti pris la législation hypothécaire de l'an III, et l'on a reconnu qu'elle « réalisait une combinaison fort ingénieuse qui méritait l'épreuve d'une expérience.... » (1).

Peut-être le système de l'hypothèque sur soi-même, habilement mis en pratique, sagement réglé dans les détails de son organisation, aurait-il pour heureuse conséquence de donner à notre industrie agricole ce dont elle a en ce moment le plus grand besoin, de l'argent à bon marché et en abondance, qui lui permettrait de se livrer à un travail rémunérateur, d'augmenter sa production et, par là même, de lutter avec avantage contre la concurrence étrangère, grâce au perfectionnement de son outillage et à l'application des nouvelles

(1) M. Cauwès, *Cours d'économie politique*, t. I, nº 679. — Cf. MM. Challamel, *op. et loc. cit.* ; Dain, *Le système Torrens. De son application en Tunisie et en Algérie*, Alger, 1885, pp. 69, 70 et 71 ; Ch. Gide, *Étude sur l'Act Torrens*, Bull. de la Soc. de législ. comp., 1886, p. 307 ; Daniel, *Du système Torrens comparé au régime hypothécaire et au mode de transmission de la propriété immobilière en droit français*, Disc. pron. à l'aud. sol. de rentrée de la Cour de Bourges, en 1887 ; Worms, *De la propriété consolidée*, Paris, 1888, pp. 332 et s., 379.

méthodes scientifiques. C'est ce qu'a pensé un député, M. Fleury, qui, en 1883, présenta à la Chambre un projet de loi autorisant le Gouvernement à émettre des billets hypothécaires pour une somme de trois milliards (1). Malheureusement, ce projet mérite, au point de vue où nous nous plaçons, le même reproche que la loi de messidor : son but est avant tout financier. « L'État, dit lui-même M. Fleury dès le début de son exposé de motifs, trouverait immédiatement les ressources nécessaires, non seulement pour équilibrer son budget, mais encore pour venir en aide à l'agriculture. » On veut faire du billet hypothécaire une véritable monnaie de papier, convertible à vue en espèces métalliques, alors qu'il faudrait en faire un titre productif d'intérêts, transmissible par endossement (2). Espérons qu'on ne persévèrera pas dans cette fausse voie, et que, si l'on s'inspire de la législation cédulaire dans l'élaboration des divers projets d'organisation du crédit agricole, actuellement soumis au Parlement, on saura tout

(1) *Proposition de loi ayant pour objet la mobilisation partielle de la propriété foncière,* présentée à la Chambre des Députés par M. Fleury, *Journal officiel,* Doc. parl., 1883, p. 1222, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 juin 1883.

(1) V. le rapport sommaire fait au nom de la 15e commission d'initiative parlementaire chargée d'examiner la proposition de loi de M. Fleury, par M. Jean Codet, député, *Journal officiel,* Doc. parl., 1884, p. 541, Annexe au procès-verbal de la séance du 23 février 1884. — Prise en considération, *Journal officiel* du 6 décembre 1884.

à la fois prendre ce qu'elle avait de bon et rejeter ce qu'elle présentait de mauvais.

51. Ce nouveau courant d'opinion, en faveur d'une institution qu'on avait jusqu'ici généralement regardée chez nous comme la dernière expression des théories révolutionnaires, tient surtout à ce que le système de l'hypothèque préconstituée a été récemment repris et réalisé avec des perfectionnements à l'étranger, précisément dans l'un des pays de l'Europe où se sont le mieux conservées les traditions féodales et où l'on est, par suite, moins porté qu'ailleurs à admirer ce qui vient de la Révolution française : à côté de l'hypothèque ordinaire, le célèbre code hypothécaire du 5 mai 1872 (1), a introduit en Prusse, sous le nom de *dette foncière*, *Grundschuld*, une hypothèque absolument indépendante de toute créance. Plus autonome encore que l'hypothèque cédulaire, qui devenait la garantie accessoire d'une créance par le fait de sa transmission à un tiers, la dette foncière ne cesse à aucun moment d'être un droit principal, ayant sa vie propre et distincte detoute obligation personnelle : le seul débiteur, le gage unique du titulaire de l'hypothèque, c'est

(1) Loi I, art. 18, 27, 39, 54 et 55 ; loi II, art. 122, 128. — V. les notes explicatives et la traduction de M. P. Gide, *Annuaire de Législ. étrangère*, 1873, pp. 208 et s. — V. égal. la traduction du projet primitif par M. Gérardin, *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1870, pp. 42 et s.

l'immeuble grevé, à l'exclusion de tous les autres éléments qui peuvent composer le patrimoine du propriétaire. La dette foncière est représentée, comme l'hypothèque cédulaire, par un titre écrit, qu'on appelle *bon foncier*, *Grundschuldbrief*; le propriétaire est libre de s'en faire délivrer par le conservateur autant qu'il le désire, pour une valeur même supérieure à la valeur vraie de son immeuble, ce qui n'offre aucun inconvénient, puisque tous les titres créés au-delà de cette valeur sont fatalement destinés à être refusés par les prêteurs et à demeurer inutiles entre ses mains. La transmission des bons fonciers s'opère de la même manière que celle des cédules, au moyen d'un simple endossement; mais le bon foncier est supérieur à la cédule en ce qu'il porte un numéro d'ordre qui le classe à un rang déterminé dans la série des titres délivrés sur le même immeuble, de sorte que le propriétaire peut offrir au créancier, suivant le cas, un bon foncier de tel ou tel rang et mesurer ainsi la sûreté qu'il donne à l'état de son crédit. Le bon foncier a encore sur la cédule cet autre avantage d'être productif d'intérêts; pour en faciliter la perception, la loi permet de joindre au titre des coupons dont le montant est payable au porteur et qui sont remis au propriétaire comme quittance. Ajoutons enfin qu'il n'y a aucun délai préfix au bout duquel s'impose la nécessité de

renouveler le bon foncier ; la dette une fois payée, le propriétaire, rentré en possession de son titre, peut, si long que soit le temps écoulé depuis sa création, le faire servir à la garantie d'un nouvel emprunt, en le remettant en circulation, et ce, indéfiniment.

Cette rapide esquisse du système des bons fonciers suffit à montrer que le législateur prussien a su écarter de son œuvre la plupart des imperfections que présentait, dans les détails de son organisation, le décret de messidor an III. Malgré cela, et en dépit des précautions extrêmes qui ont été prises par la loi de 1872 pour donner toute sécurité aux porteurs de bons fonciers (1), cette institution n'a pas, paraît-il, donné tout ce qu'on pouvait en attendre (2). Peut-être faut-il attribuer cet échec à l'indépendance trop absolue de la dette foncière :

(1) C'est ainsi qu'après les indications relatives au chiffre de la dette foncière, au taux de l'intérêt, au remboursement, le bon foncier contient la plupart des renseignements nécessaires pour apprécier exactement l'immeuble offert en garantie, tels que la désignation de la situation, de la nature et de la contenance de cet immeuble, son numéro au cadastre, le prix d'acquisition, la valeur locative, le revenu imposable, le chiffre de la police d'assurance. On peut seulement regretter l'absence de la mention des charges et hypothèques antérieures, ce qui oblige les prêteurs à recourir au registre des inscriptions pour avoir des renseignements complets. Ajoutons que le bon foncier, comme le registre des inscriptions, *Grundbuch*, dont il est en quelque sorte un extrait, fait pleine foi de toutes les énonciations qu'il contient.

(2) D'après M. Challamel (*op. cit.*, p. 181), on ne compte que deux cents dettes foncières environ, inscrites à Berlin dans une année, contre dix-huit mille hypothèques ordinaires.

le capitaliste ne prête pas volontiers son argent à celui qui ne s'engage pas sur tous ses biens à le rembourser ; l'hypothèque est une garantie de plus pour le créancier, mais elle ne saurait être sa seule garantie, car il peut sérieusement craindre de voir son gage diminuer de valeur, ou même périr complètement, le propriétaire, simplement tenu *propter rem*, n'ayant plus aucun intérêt, dès que son immeuble est lourdement grevé, à veiller non seulement à son amélioration, mais même à sa conservation.

52. Des lois de l'an III et de 1872, on peut rapprocher, comme organisant un système perfectionné de sûretés préconstituées, la curieuse et originale législation de la ville de Brême (1), dont la dernière révision date de 1860. A proprement parler, la loi brémoise ne connaît pas l'hypothèque : le seul instrument qu'elle offre au propriétaire pour utiliser le crédit de son immeuble, c'est le nantissement. Mais, tout en conservant du nantissement l'avantage qu'il a sur l'hypothèque d'être public par lui-même et d'assurer par là toute sécurité aux tiers, elle a su en faire disparaître les désavantages, qui consistent, chacun le sait, dans l'épuisement en une seule fois de tout le crédit de l'objet engagé

(1) V. M. J. Challamel, *Étude sur le régime hypothécaire de la ville libre de Brême*, Bull. de la Soc. de législ. comp., 1878, pp. 482 et suiv.

et dans la privation de son usage pour le débiteur. A cet effet, elle a imaginé de représenter le sol par des titres écrits, que l'on désigne sous le nom de *Handfesten*. Tout propriétaire peut s'en faire délivrer sur un même fonds autant qu'il juge convenable, en s'adressant à la commission chargée de tenir les livres fonciers. Chaque *Handfeste* est rédigée de manière à faire connaître la fraction qu'elle représente dans la valeur vénale de l'immeuble et la place qu'elle occupe dans la série des *Handfesten* délivrées sur cet immeuble. Ce n'est point un titre de créance hypothécaire, comme la cédule, ni un titre représentatif d'hypothèque, comme le bon foncier : c'est un titre représentatif d'une portion divise d'un fonds, ou, pour mieux dire, c'est une partie d'immeuble, une chose susceptible de devenir l'objet d'un droit. Il suit de là que, pour donner un immeuble en nantissement, sans en épuiser tout le crédit d'un seul coup et sans en perdre la jouissance, le propriétaire n'a qu'à remettre, à titre de gage, entre les mains de son créancier, une des *Handfesten* qui représentent cet immeuble. Le droit réel, ainsi acquis par le créancier sur la *Handfeste*, s'exerce en réalité, par l'intermédiaire de celle-ci, sur la portion d'immeuble dont elle est en quelque sorte l'image, le reflet.

Ceci bien compris, si l'on sait qu'au triple avan-

tage d'avoir un rang de préférence déterminé, de circuler rapidement et à peu de frais, de conserver indéfiniment sa valeur d'engagement primitive, et à d'autres qu'il serait trop long d'énumérer, la *Handfeste* joint celui de faire foi entière des mentions qu'elle contient (1), on s'explique aisément que cette combinaison ait produit à Brême les meilleurs résultats. Chaque propriétaire a pu réaliser en valeurs de portefeuille toute sa fortune foncière, et se ménager ainsi par avance une série de moyens de crédit, immédiatement disponibles, utilisables à son gré dans tel ou tel ordre ; de leur côté, les capitaux, séduits par la sécurité du gage et la facilité du recouvrement, se sont offerts d'eux-mêmes, à bas prix, aux placements immobiliers, et cela d'autant mieux qu'à la différence de la dette foncière, le nantissement handfestarique, semblable à ce point de vue à l'hypothèque cédulaire, n'est nullement exclusif du droit de gage général qui appartient à tout créancier sur le patrimoine de son débiteur. M. Challamel, qui a été étudier sur place le fonctionnement de la législation de Brême, est revenu, paraît-il, émerveillé de la situation florissante du crédit foncier dans cette ville.

(1) De cette façon, le créancier, auquel on présente une *Handfeste* comme gage, est certain que l'immeuble appartient à son débiteur et qu'il n'est déjà grevé de droits réels que dans la mesure révélée par le titre même.

53. De semblables résultats suffisent à expliquer la faveur inattendue et chaque jour grandissante dont jouit chez nous, depuis quelques années, le principe de l'hypothèque préconstituée. C'est certainement à eux que nous devons l'introduction d'un système presque irréprochable de *bons hypothécaires*, dans le projet de loi de 1886 sur le régime de la propriété foncière en Algérie (1). Reprenant, pour en faire la base de leur système, la cédule du décret de messidor, les auteurs du projet ont su la dégager des complications qui la viciaient, et la simplifier à l'exemple de la *Handfeste* brémoise (2). Tout propriétaire peut prendre hypothèque sur lui-même et requérir, à cet effet, la délivrance de bons hypothécaires établis par le conservateur sur des formules extraites d'un registre à souches (art. 37 et 40). Tel est, comme dans la loi de l'an III, le point de départ du système. Comme la cédule, le bon hypothécaire est un titre à ordre, qu'il suffit de négocier pour que l'hypothèque cesse d'être virtuelle et devienne la garantie accessoire de la créance née du même

(1) La commission chargée de préparer ce projet a été nommée par arrêté en date du 29 mars 1886 *(Bulletin officiel du gouvernement général de l'Algérie*, 1886, p. 197). — V. le texte du projet de loi et l'exposé des motifs présenté par M. Alfred Dain, professeur à la Faculté de droit d'Alger, dans le numéro du mois de janvier 1887 de la *Revue algérienne*.

(2) Cf. M. J. Challamel, *Annuaire de Législ. française*, pub. par la Soc. de législ. comp., 1887, p. 151.

coup au profit du prêteur auquel le bon est endossé. Mais le bon hypothécaire a sur la cédule le double avantage de posséder un rang de préférence et de contenir lui-même tous les renseignements indispensables au cessionnaire pour apprécier exactement la sûreté qui lui est offerte (art. 37 et 38). Il va sans dire que le projet ne reproduit pas l'organisation absurde de l'expertise officielle, qui aurait suffi par elle-même à rendre le système de messidor absolument impraticable. Signalons enfin l'article 39 qui, dans le but de donner le moyen de connaître et d'appeler à la distribution du prix le porteur du bon hypothécaire, porte que « la transmission d'un bon hypothécaire ne sera opposable aux tiers que si elle a été notifiée au conservateur des hypothèques pour être mentionnée au livre foncier. Cette notification pourra se faire par la remise au conservateur d'un bulletin extrait de la formule du bon et signé par le cédant et le cessionnaire, avec élection de domicile par ce dernier. » Peut-être est-ce là une exigence excessive : on eût pu se contenter de laisser au cessionnaire, le seul intéressé en somme, la faculté de se faire connaître, sans aller jusqu'à l'obliger à remplir cette formalité sous peine de ne pas rendre son droit opposable aux tiers. Nous ne prétendons pas, d'ailleurs, que le projet de 1886 ne mérite aucune critique : de plus compétents que nous esti-

ment qu'il ne réalise pas encore l'idéal. Tel qu'il est néanmoins, il nous paraît assez heureusement conçu pour être utilement mis à l'essai en Algérie. L'expérience qui va se faire dans notre colonie, s'il est adopté, montrera, mieux que toutes les théories, ce qu'on peut attendre en France d'une loi introduisant dans la pratique des affaires un système hypothécaire construit d'après les principes du décret de messidor.

54. Au surplus, la mobilisation du crédit foncier, qui n'a trait qu'à la transmission et non à la constitution de l'hypothèque, peut fort bien se comprendre sans l'hypothèque sur soi-même. Nous verrons, en effet, quand nous étudierons la forme de la constitution d'hypothèque (V. *infrà*, troisième partie), que la jurisprudence a su, sous la pression des exigences de la pratique, poser dans ses arrêts des principes qui rendent l'hypothèque accessoire aussi rapidement et aussi économiquement cessible que l'était l'hypothèque cédulaire. Mais il serait intéressant de savoir, et l'application simultanée des deux systèmes pourra seule nous l'apprendre, si, malgré les facilités de transmission qu'on lui accorde, l'hypothèque accessoire est aussi favorable au développement du crédit foncier que le serait l'hypothèque préconstituée.

55. Plus modeste, mais aussi plus heureuse que le décret de l'an III, la loi du 11 brumaire an VII

se contenta d'assurer le crédit, sans essayer de le mobiliser. S'inspirant des procédés de transcription des pays de nantissement, elle organisa enfin un régime hypothécaire viable, en associant d'une façon absolue la spécialité à la publicité. D'après l'article 4, l'acte constitutif d'hypothèque devait indiquer la nature et la situation des immeubles hypothéqués. L'article 17 n'exigeait, il est vrai, l'indication du montant de la créance garantie qu'au moment de l'inscription, mais cela importait peu, puisque, en définitive, le résultat voulu était atteint, l'hypothèque devant rester sans aucun effet si elle n'était rendue publique par l'inscription.

VI. — Code civil

56. Tel était l'état de choses quand on commença la discussion du Code civil. Tout fut encore une fois remis en question, et il se trouva des esprits éminents qui présentèrent comme étant de beaucoup supérieure à l'hypothèque publique et spéciale de la loi de brumaire l'hypothèque occulte et générale de l'ancien droit, tant il est vrai que les idées les plus simples sont souvent celles que l'on accepte le plus difficilement. La lutte fut des plus vives, et, si les principes de la loi de brumaire finirent par triompher, du moins en ce qui a trait aux hypothèques

conventionnelles, ce ne fut pas sans avoir donné lieu aux plus grandes hésitations (1).

57. Voici, sommairement esquissées, les trois idées principales auxquelles s'est arrêté le Code civil dans la matière que nous étudions :

1° L'hypothèque conventionnelle résulte de deux causes réunies, une convention, d'une part, et, d'autre part, une forme solennelle consistant dans un acte passé par devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins (art. 2117 et 2127). Mais là s'est bornée l'influence de l'ancienne jurisprudence sur la loi nouvelle, et l'on a repoussé la doctrine de l'hypothèque tacitement constituée: il faut, à cet égard, une convention expresse.

2° En second lieu, l'hypothèque consentie par acte authentique ne peut être purement et simplement générale : notre Code exige la spécialité quant à la créance et la spécialité quant aux biens. A cet effet, l'acte constitutif doit, à peine de nullité, préciser le montant de la créance garantie et désigner, par nature et situation, le bien ou les biens soumis à l'hypothèque (art. 2129 et 2132).

3° Enfin, le principe de la publicité est réalisé au moyen d'une inscription sur les registres de la conservation des hypothèques, inscription dont

(1) V., à cet égard, Fenet, *Trav. prép.*, t. XV, pp. 510 et s.; Locré, t. XVI, pp. 107 et s., 158, 327 et s., 362 et s.

dépend l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers (art. 2134 et 2166).

Laissons de côté, provisoirement tout au moins, ce dernier point, qui ne se rattache qu'indirectement à notre sujet, puisque, dans notre droit, le contrat d'hypothèque est valable en soi, indépendamment de l'inscription, et recherchons, avant d'entrer dans l'examen des différentes questions relatives à la constitution de l'hypothèque conventionnelle, quels sont les motifs qui ont décidé les rédacteurs du Code civil à exiger, pour la validité de cette constitution, un acte passé par devant notaire, et, dans cet acte, l'indication précise de la créance garantie et des immeubles affectés. Nous nous demanderons en même temps si ces exigences sont justifiées.

VII. — Du principe de l'authenticité

58. La nécessité d'un acte authentique, pour la constitution de l'hypothèque conventionnelle, est en général expliquée par une pensée de protection pour la personne qui consent à ce que ses biens soient grevés : la loi, dit-on, exige l'intervention d'un officier public afin qu'il avertisse le constituant des graves conséquences et des dangers de

l'hypothèque et qu'il le mette à l'abri des surprises et des entraînements dont il pourrait être la victime.

A la rigueur, cette raison serait acceptable s'il n'y avait que les personnes prodigues ou d'esprit faible qui consentissent des hypothèques. Mais ce n'est pas là, que nous sachions, le cas habituel, c'est même l'exception ; et, s'il était démontré que l'article 2127 a été écrit pour protéger le constituant (1), on pourrait à bon droit reprocher au législateur d'avoir dépassé la mesure en imposant une sorte de tutelle à l'homme prudent et diligent qui veut donner une garantie hypothécaire à son créancier. Les lois ne sont pas faites pour le petit nombre, mais pour le grand, et, parce que l'hypothèque peut être préjudiciable à quelques imprudents, ce n'est pas un motif suffisant pour rendre

(1) « Ce n'est pas, dit M. Coin-Delisle (*Gazette des Tribunaux*, 10 février 1855), par protection pour le constituant que l'article 2127 a été écrit : il est certain que je peux, par acte sous seing privé, promettre une hypothèque..... à mon créancier. Donc, si je puis promettre valablement une hypothèque, comme je promettrais valablement toute autre sûreté, une caution, un nantissement, l'article 2127 n'a pas été écrit pour me protéger. » Cf. M. Merville, *Revue pratique* 1856, t. II, p. 100 : « Il peut être difficile de dire précisément pourquoi, on exige que la convention d'hypothèque soit authentique ; mais au moins peut-on affirmer que ce n'est pas dans le but de protéger le débiteur contre une surprise et un entraînement..... On ne demande pas d'hypothèque par cupidité, mais par prudence ; on n'en accorde pas par complaisance, mais par nécessité. Ce motif ne saurait donc expliquer la loi..... »

sa constitution plus difficile et plus onéreuse pour tout le monde.

Croit-on, d'ailleurs, que l'exigence de l'emploi d'un officier public pour la constitution d'hypothèque, soit de nature à empêcher les prodigues et les faibles d'esprit de dissiper leur fortune ? Ils ont, pour se ruiner, d'autres moyens tout aussi sûrs et bien plus commodes. L'expérience ne montre-t-elle pas que le premier souci de ceux qui veulent faire des folies est de transformer leur patrimoine en argent par une aliénation ? Or, un simple acte sous seing privé suffit chez nous pour constater la vente d'un immeuble. Sans même aliéner directement son patrimoine, le prodigue ne peut-il pas se borner à contracter des dettes personnelles ? Viennent l'échéance et le défaut de paiement, ses créanciers s'empresseront de prendre contre lui un jugement de condamnation qui leur donnera de plein droit une hypothèque sur tous ses biens. A vrai dire, il n'y a, contre les insensés et les dissipateurs, qu'une seule mesure efficace : l'interdiction ou la nomination d'un conseil judiciaire. Toutes les autres sont inutiles. Elles deviennent même injustes quand elles tendent, comme celle dont nous nous occupons, à entraver d'une façon générale la liberté des conventions. Contre les incapables, il faut des lois exceptionnelles d'incapacité. Mais, en dehors des cas excep-

tionnels, le législateur doit élargir le domaine du droit commun, et non le rétrécir (1).

59. On essaie également de justifier l'intervention d'un officier public en disant que, pour éviter toute difficulté sur la portée et l'étendue de l'hypothèque vis-à-vis des tiers auxquels elle doit être opposable, pour assurer sa validité, que la négligence ou l'ignorance des parties pourraient souvent compromettre, il importe que l'acte constitutif soit rédigé par un homme expérimenté, au courant des prescriptions spéciales de la loi.

Peut-être, et encore cela aurait-il besoin d'être démontré, cette raison est-elle entrée pour une certaine part dans les considérations qui ont entraîné le législateur. Il ne faut pas oublier, en effet, que le Code civil consacrait un système hypothécaire trop récent et trop compliqué pour ne pas être ignoré dans ses détails par la majeure partie des citoyens. « Contraindre les parties à faire une convention par devant notaire, dit M. Colmet de Santerre (*Cours anal. de Code civil*, t. IX, n° 94 *bis*, II), c'était les obliger à recourir à ce conseil, c'était les protéger contre leur propre ignorance, et en même temps défendre la nouvelle législation contre les récriminations qu'elle aurait justifiées, si dans les premiers temps de son application elle

(1) Cf. M. Challamel, *Etude sur les cédules hypothécaires*, § 16.

avait donné lieu à trop de surprises et d'annulations. »

Mais nombreuses sont déjà les années qui se sont écoulées depuis la promulgation du Code civil, et ce motif, qui pouvait à la rigueur se comprendre au commencement du siècle, nous semble aujourd'hui bien faible, surtout quand nous songeons que notre législation permet de constater par un acte sous seing privé ou même simplement par témoins des conventions, comme une vente d'immeuble ou une constitution de servitude, dont la validité et l'efficacité ne sont pas moins difficiles à assurer que celles de la convention d'hypothèque.

60. En dehors de cet intérêt purement transitoire et actuellement disparu, il en est un autre qu'on met quelquefois en avant : c'est la nécessité d'accroître l'efficacité de l'hypothèque par un titre exécutoire. Grâce à un titre de cette nature, le créancier peut, au jour de l'échéance, faire procéder à une saisie immédiate, tandis que, si son droit était constaté par un acte sous seing privé, il devrait obtenir préalablement un jugement et perdrait ainsi un temps précieux.

Cette considération, qu'on pourrait d'ailleurs invoquer pour demander l'authenticité de la plupart des actes, a certainement beaucoup de force au point de vue pratique. Nous ne la croyons pas

cependant de nature à justifier l'obligation, imposée par la loi aux parties, de recourir, à peine de nullité de l'hypothèque, à un acte solennel. Il nous semble, en effet, qu'en pareille matière le créancier doit être seul juge de son intérêt : s'il estime que l'hypothèque ne lui sera vraiment avantageuse que si sa constitution est constatée dans un titre ayant force exécutoire, libre à lui d'exiger que ce caractère soit immédiatement imprimé à l'acte constitutif. N'est-il pas le maître du contrat ? Mais pourquoi l'obliger à passer un acte authentique, s'il veut se contenter d'un acte sous seing privé ?

61. La condition d'authenticité ne saurait s'expliquer davantage par la pensée qu'aurait eue le législateur d'empêcher la fraude des antidates, à laquelle se prête merveilleusement l'acte sous seing privé (Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. I, sect. II, art. 33), car alors elle aurait fait double emploi avec la formalité de l'enregistrement, qui est suffisante pour donner date certaine au contrat. C'était déjà, nous l'avons vu, la règle suivie dans le ressort du Parlement de Normandie, où il était admis, par exception, que l'hypothèque résultait de tout acte sous seing privé, pourvu qu'il eût acquis date certaine par le contrôle (*V. suprà*, n° 33). Il ne peut plus, d'ailleurs, à moins de circonstances exceptionnelles, telles, par exemple,

que le cas prévu par l'article 446 du Code de commerce, être question d'antidate possible dans notre droit actuel qui fait dépendre le rang de l'hypothèque de la date de l'inscription, et non plus de la date du contrat.

62. On donne enfin et surtout à la nécessité d'un acte authentique une explication qui repose sur l'idée de soustraire à toute contestation d'écriture un acte qui doit servir de fondement à une inscription sur des registres publics. C'est là, nous dit M. Laurent (*Principes de droit civil*, t. XXX, n° 430), un des motifs qui ont engagé les auteurs de la loi belge du 16 décembre 1851 à consacrer le principe de la solennité de l'hypothèque (art. 44 et 76).

Nous pensons également qu'il est bon d'éviter l'encombrement d'inscriptions prises sans droit sur les registres des conservations hypothécaires. On peut se demander toutefois si ce motif est, à défaut d'autres, suffisant pour justifier la solennité du contrat d'hypothèque. Il n'est pas nécessaire, en effet, en vue d'empêcher que les registres ne soient surchargés d'inscriptions inutiles, de contraindre les parties à recourir à la forme authentique pour le contrat d'hypothèque lui-même : il suffit d'exiger d'elles, quand elles se présentent chez le conservateur pour requérir l'inscription, une pièce établissant la sincérité de leurs signa-

tures. Le Code civil italien de 1865 s'est évidemment inspiré de cette pensée, en admettant, d'une part, l'hypothèque consentie par acte privé (art. 1978), mais en décidant, d'autre part, que l'inscription ne peut avoir lieu que si la signature du débiteur a été certifiée par un notaire ou reconnue en justice (art. 1989). On peut en dire autant du Code civil de la Louisiane, promulgué en 1825 : l'article 3272 permet de constituer l'hypothèque conventionnelle non seulement par un acte passé en présence d'un notaire et de deux témoins, mais aussi par un acte sous seing privé ; mais l'article 3331 exige pour l'inscription une copie notariée de l'acte constitutif, à moins que le conservateur ne connaisse la signature des parties. Sans même aller jusqu'à imposer aux parties une certification notariée ou une reconnaissance en justice de leur signature, le législateur aurait pu, s'il avait eu la pensée qu'on lui prête, se contenter d'une simple légalisation par un magistrat de l'ordre judiciaire ou de l'ordre civil.

Ce qui, au surplus, nous fait croire que la raison précitée n'a eu aucune part dans les motifs qui ont fait admettre dans notre matière le principe de l'authenticité, c'est que les auteurs du Code l'ont méconnue en maintes autres circonstances où il importe également que l'inscription sur les registres publics ne soit prise qu'en vertu d'un titre

offrant toutes garanties au point de vue de la sincérité : ainsi le privilège du copartageant peut avoir sa source dans un partage constaté par un acte sous seing privé, le privilège du vendeur dans une vente également constatée par un acte sous seing privé, l'hypothèque légale du légataire peut résulter d'un testament olographe, qui est aussi un acte sous seing privé ; et cependant, dans tous ces cas et dans bien d'autres, la présentation de l'acte sous seing privé, qui porte des signatures inconnues et non vérifiées, est suffisante pour que le conservateur soit tenu d'effectuer l'inscription. Si c'était là, d'ailleurs, une idée dominante dans notre législation, on ne comprendrait pas que la loi du 23 mars 1855, sur la transcription en matière hypothécaire, n'eût pas exigé que les actes intéressant la propriété immobilière, prévus par les articles 1 et 2, fussent revêtus de l'authenticité pour être admis à la transcription, pas plus qu'on ne s'expliquerait que celles des 10 décembre 1874 et 10 juillet 1885 eussent autorisé la constitution de l'hypothèque maritime par acte sous signatures privées.

63. En réalité, le principe de l'authenticité ne peut se justifier par aucune raison péremptoire, et il est permis de penser qu'en décrétant la solennité du contrat d'hypothèque, les rédacteurs du Code ont subi, inconsciemment ou non, l'influence

de la tradition ancienne qui voyait dans la constitution d'hypothèque une sorte de *confessio in jure*, une espèce de jugement (M. Laurent, *op. et loc. cit.*, n° 429), et confondait ainsi le titre exécutoire avec l'acte créateur du droit. Aux yeux de la loi, la constitution d'hypothèque est un acte de souveraineté : voilà pourquoi, sous le Code civil comme au temps de Pothier (*Traité de l'hypothèque*, n^os^ 10 et 11), elle doit être *munie du sceau de l'autorité publique;* voilà pourquoi aussi sans doute un contrat passé en pays étranger, qui pourrait très-bien transférer la propriété d'un immeuble situé en France, ne peut pas en principe conférer d'hypothèque sur cet immeuble (art. 2128). On comprendrait encore, à la rigueur, la nécessité d'un acte authentique, si la solennité de tous les actes juridiques relatifs à la propriété immobilière était en droit français, comme dans le droit germanique, un principe absolu, appliqué sans aucune déviation : un tel système aurait au moins le mérite de l'unité. Mais, en ce qui nous concerne, aucun principe n'est engagé, les actes solennels formant aujourd'hui l'exception dans notre législation. Il faudrait donc, pour justifier l'anomalie que la solennité du contrat d'hypothèque y introduit des motifs autrement graves que ceux qui sont généralement allégués.

64. Ajoutons que, de nos jours, la condition

d'authenticité se conçoit d'autant moins que la tendance dominante de notre époque, tendance qui, sous la pression des faits, se manifeste par une action continue et latente de la jurisprudence et de la pratique, est de simplifier les actes juridiques, d'en élaguer les formalités inutiles et irritantes, et de laisser enfin aux personnes capables, sous leur propre responsabilité, le libre exercice de leur volonté, en tant, d'ailleurs, que cette liberté ne porte atteinte ni au droit des tiers ni à l'ordre public. La loi du 10 décembre 1874 et, à son exemple, celle du 10 juillet 1885 ont déjà tenu compte de cette tendance actuelle à réduire au minimum indispensable les formes des actes juridiques, en se contentant, pour la constitution de l'hypothèque maritime, de la simple signature des parties. A notre sens, il serait désirable que cette mesure libérale fût étendue à toute constitution d'hypothèque conventionnelle. Il y a, sans doute, dans nos lois des réformes plus urgentes à opérer, peut-être même, en faisant toutefois une réserve pour les prêts hypothécaires de minime importance, sur lesquels nous allons d'ailleurs revenir, n'y a-t-il pas en l'état nécessité absolue de changer sur le point qui nous occupe les habitudes anciennes de notre pratique française ; mais nous n'en croyons pas moins pouvoir affirmer que, si nos législateurs ont un jour le temps ou l'occasion de réviser les

dispositions du Code civil relatives aux hypothèques, nombre de jurisconsultes et d'économistes leur sauront gré de faire rentrer, au point de vue de sa forme extérieure, le contrat d'hypothèque dans le droit commun des conventions.

65. C'est qu'en effet l'authenticité du contrat d'hypothèque, telle qu'elle est organisée par notre Code civil, présente un grave inconvénient pratique, que certains théoriciens, partisans à outrance du *statu quo*, ont le grand tort de négliger : *les soins du notaire se payent fort cher*. Et, comme ils ne dispensent nullement des formalités onéreuses de l'enregistrement et de l'inscription, on arrive à cette conclusion effrayante qu'avec le système actuel un propriétaire ne trouve jamais à emprunter sur hypothèque à moins de 6 0/0 ; le prix de l'argent peut même atteindre jusqu'à 25 0/0, pour les prêts hypothécaires inférieurs à cinq cents francs, qui sont de beaucoup les plus nombreux (1).

Il est, du reste, facile de s'en rendre compte. Si l'on suppose une obligation hypothécaire de cinq cents francs, rédigée en minute, voici, d'après un état que nous empruntons à un ouvrage récent (M. Chauveau, *Essai sur la mobilisation de la pro-*

(1) Cf. les observ. des Cours de Nancy et de Riom, *Doc. hyp.*, t. I, pp. 53 à 58 et 80.

priété foncière, Vannes, 1888), comment se décomposent les frais qu'elle entraîne :

Minute de l'obligation . .	Timbre	»	60
	Honoraires du notaire	8	»
	Enregistrement	6	25
Expédition	Timbre	1	80
	Honoraires	3	25
Bordereaux	Timbre	1	20
	Honoraires	4	»
Etat des inscriptions. . . . . (moyenne)		3	»
Droit d'inscription . . . . . (environ)		4	50
Quittance et main-levée .	Timbre de la minute	»	60
	Honoraires du notaire	4	»
	Enregistrement	3	13
	Timbre de l'expédition	1	80
	Honoraires	3	25
Radiation de l'inscription		1	60
Total		46	98
En y ajoutant l'intérêt à 5 0/0		25	»
Total		71	98

Il suit de là que le propriétaire emprunte à 14,40 0[0, si le prêt est pour un an ; à 9,70 0[0, s'il est pour deux ans ; à 8,13 0[0, s'il est pour trois ans ; à 6,88 0[0, s'il est pour cinq ans. Qu'on fasse le même calcul *mutatis mutandis* pour une obligation hypothécaire de deux cents francs, et l'on verra qu'avec notre organisation actuelle un prêt de pareille somme pour un an ne se fait pas à un taux inférieur à 25 0[0. Ce taux peut, il est vrai, s'abaisser légèrement, si au lieu d'être reçu

en minute, l'acte notarié est simplement passé en brevet, comme semble l'autoriser la jurisprudence; mais il n'en reste pas moins exorbitant.

Un semblable résultat est d'autant plus attristant que, dans notre pays, où le sol est extrêmement morcelé, la plupart des propriétaires fonciers, pour qui l'hypothèque constitue d'ordinaire le seul moyen de crédit, ne peuvent demander à l'emprunt que des sommes minimes. Il résulte, en effet, de renseignements statistiques fournis par l'administration de l'enregistrement, que les prêts hypothécaires doivent être répartis dans les proportions suivantes : moitié pour les prêts inférieurs à 400 francs, un quart pour les prêts de 400 à 1,000 francs et un quart pour les prêts supérieurs à 1,000 francs. N'est-il pas singulier que ce soient précisément les emprunts les plus usuels, les seuls qui soient à la portée de la petite agriculture, dont le premier des besoins est le besoin d'argent, qui nécessitent les frais les plus considérables, et n'est-ce pas le cas de répéter, après la cour de Riom (*Doc. hyp.*, t. I, p. 75), « que l'agriculture est ruinée tout à la fois et par les capitaux qui lui manquent et par les capitaux qu'on lui prête » ?

Sans doute, les honoraires du notaire, même grossis des frais très-lourds de timbre, d'enregistrement et d'inscription, ne contribuent pas seuls

à augmenter le prix de l'argent. La difficulté de réalisation des fonds placés sur hypothèque constitue, nous le savons de reste, un des grands facteurs de l'élévation du taux de l'intérêt dans les prêts hypothécaires. Mais il suffit de se reporter à l'état qui précède pour voir que les seuls honoraires du notaire, tant pour la création de l'hypothèque que pour son extinction, entrent pour près d'un tiers, ce qui est excessif, dans le total des frais d'une obligation de cinq cents francs, intérêts compris.

66. Si encore, l'application du principe de l'authenticité à l'acte d'hypothèque étant d'ailleurs supposée exempte de critique, l'intervention du notaire, à l'exclusion de tout autre officier public ayant qualité pour conférer l'authenticité aux actes, se justifiait par une raison particulière, absolument décisive, les frais énormes qu'elle entraîne pourraient être regardés comme un mal nécessaire et acceptés à ce titre. Mais il n'en est rien. On n'oserait, en effet, présenter comme un motif péremptoire cette considération, quelque peu banale, que, de tous les officiers publics, les notaires sont ceux qui savent le mieux obtenir la confiance des particuliers (1). De l'aveu des par-

(1) On dit souvent que, dans l'état actuel de notre législation, la difficulté pour le créancier de vérifier le droit de propriété du constituant nécessite le concours du notaire qui, connaissant

tisans de l'authenticité eux-mêmes, le législateur, en chargeant les notaires seuls de constater les constitutions d'hypothèque, n'a eu d'autre but que de favoriser le monopole de ces officiers ministériels. Est-ce là, nous le demandons, une raison suffisante pour obliger les emprunteurs sur hypothèque à payer à un prix exorbitant l'argent dont ils ont besoin ?

67. Les conséquences déplorables, au point de vue du crédit foncier, de l'intervention *forcée* des notaires dans les constitutions d'hypothèque, n'ont pas échappé aux auteurs de la loi tunisienne du 1er juillet 1885 (19 Ramadan 1302), sur la propriété foncière (1), et c'est évidemment dans le but de les éviter et de favoriser ainsi les emprunts hypothécaires, surtout ceux de minime importance, qu'ils ont édicté, dans l'article 250, que l'hypothèque conventionnelle pourrait s'établir par un acte authentique quelconque ou même par un simple écrit sous seing privé. Puisse le législateur

d'ordinaire ses clients et leurs biens, peut reconstituer sérieusement une origine de propriété. En fait, et encore y aurait-il bien à redire, cette assertion peut se trouver parfois exacte, mais elle ne prouve qu'une seule chose, sur laquelle tout le monde est d'ailleurs d'accord, à savoir qu'en France la propriété manque d'une base solide. Que l'on apporte au mal le remède qui lui convient, en consolidant la propriété foncière, et la remarque perdra le peu de force qu'elle peut avoir. Au surplus, nous ne critiquons le recours à l'assistance du notaire qu'en tant qu'il est forcé : il va sans dire qu'il ne saurait être interdit et doit rester facultatif.

(1) V., sur cette loi, M. Dain, *op. cit.*, pp. 111-136.

français être aussi bien inspiré, si jamais la révision de l'article 2127 du Code civil lui est proposée (1) !

68. Ce n'est pas, nous le reconnaissons, dans les législations étrangères qu'il faut aller chercher des exemples en faveur de la réforme que nous souhaitons. Au point de vue qui nous occupe, la tendance générale y est plutôt en sens contraire. Il n'y a guère, à notre connaissance, indépendamment de l'Italie et de la Louisane, dont nous avons déjà fait mention, que la Bolivie (Code civil de 1843. art. 2155) et le canton suisse du Valais (Code civil de 1855, art. 1890) qui permettent de consentir une hypothèque par acte sous seing privé ; il ne paraît pas, d'ailleurs, disons-le en

(1) Il ne faut pas croire que, si l'on autorisait la constitution de l'hypothèque conventionnelle par acte sous seing privé, les parties s'adresseraient aux agents d'affaires pour la rédaction de leur contrat, de sorte que, sans diminuer les frais d'intervention d'un tiers rédacteur, cette mesure aurait de plus l'inconvénient de substituer au notaire un conseil offrant moins de garanties à tous les points de vue. Le cas pourrait se présenter, mais ce serait l'exception. Les sociétés, comme le *Crédit foncier de France*, les capitalistes qui prêtent sur hypothèque ne recourraient pas aux agents d'affaires. Il en serait des prêts hypothécaires comme il en est aujourd'hui des contrats d'assurance : les parties n'auraient qu'à remplir les blancs de formules préparées d'avance sur papier timbré (Cf. la note suivante). Est-ce que la plupart du temps, en fait, les notaires ne se bornent pas à reproduire des formules ? Ajoutons que la constitution de l'hypothèque par acte privé présuppose la consolidation de la propriété et la détermination exacte des charges qui la grèvent. Ce n'est qu'à cette double condition qu'elle pourra donner les bons résultats qu'on est en droit d'en attendre.

passant, que le crédit immobilier y soit moins florissant qu'ailleurs (1). Citons également la législation des provinces baltiques. (*Liv-est-und curlændisches Privatrecht*), bien qu'elle dépasse, selon nous, la juste mesure en se contentant d'une constitution faite de vive voix (Code Baltique de 1864, art. 1389).

Dans les autres pays, la solennité du contrat d'hypothèque est une règle absolue. Pour ne parler que des législations qui, comme la nôtre, ne suivant pas, au moins dans son principe, le système hypothécaire germanique, nous pouvons signaler l'Espagne (Loi hypothécaire du 8 février 1861, art. 146), la Belgique (Loi du 16 décembre 1851, art. 76), la Hollande (Code civil du 1er octobre 1838, art. 1217), les cantons suisses de

(1) Dans les pays où l'*Act Torrens*, dont nous dirons plus loin quelques mots (V. *infrà*, nº 92), est applicable, notamment dans l'Australie méridionale, son berceau d'origine, l'hypothèque peut aussi s'établir par acte sous seing privé au moyen de formules imprimées que l'on trouve chez tous les papetiers et dont il suffit de remplir les blancs. Toutefois, et cette opération se fait si simplement, si rapidement et à si peu de frais, qu'elle ne saurait être considérée comme une solennité propement dite, la constitution n'est vraiment parfaite et inattaquable qu'après que la formule remplie et le certificat de propriété du constituant ont été transmis à un magistrat spécial, le *Registrar general*, préposé à l'immatriculation des immeubles, et que celui-ci a inscrit l'hypothèque concédée au folio de l'immeuble, sur le registre-matrice, et reproduit la même mention au dos du certificat de propriété et sur l'acte d'obligation, qui sont renvoyés ensuite, le premier, au constituant, et le second au créancier (V. *infrà*, pour plus de détails, les auteurs cités à la première note sous le nº 92).

Genève (Code civil, art. 2127), de Neufchâtel (Code civil de 1855, art. 1727), Haïti (Code civil de 1825, art. 1894), etc. Quant à la solennité de l'acte constitutif d'hypothèque dans les pays de droit germanique (1), elle tient à la façon particulière dont y est organisé le régime hypothécaire. Nous y reviendrons, et nous en profiterons pour donner quelques détails sur le système général d'organisation de la propriété foncière dans le droit allemand, dans le paragraphe spécial que nous nous proposons de consacrer à l'examen des législations qui admettent, pour la constitution de l'hypothèque conventionnelle, des principes différents des nôtres.

VIII — Du principe de la spécialité.

69. Le principe de la spécialité est plus aisé à justifier, car, s'il constitue une restriction à la liberté des conventions, il présente, en revanche, de sérieux avantages, non seulement pour le débi-

(1) Nous n'entendons parler ici que de la constitution de l'hypothèque accessoire. Il va sans dire, en effet, que, dans les pays allemands où les lois prussiennes du 5 mai 1872 sont applicables, la constitution au profit d'un tiers de l'hypothèque indépendante s'opère sans la moindre solennité, puisqu'elle résulte d'un simple endossement. De même à Brême, un acte sous seing privé peut suffire pour affecter un immeuble à la garantie d'une créance. V. d'ailleurs *suprà*, nos 51 et 52.

teur et pour ses créanciers, mais aussi pour la société tout entière.

Permettre l'hypothèque générale, c'eût été porter au crédit du débiteur une atteinte extrêmement fâcheuse, attendu qu'aucun de ses biens n'échappant, par suite d'une pareille hypothèque, à la menace d'une poursuite éventuelle pour une créance dont le montant est indéterminé, il n'eût pu, après une seule constitution, offrir à d'autres créanciers une hypothèque vraiment sûre; tandis que, grâce au principe de la spécialité, le débiteur, maître de ne soumettre à l'hypothèque que la portion de ses biens dont la valeur est suffisante pour garantir les droits du créancier, conserve un crédit proportionné à ceux qui restent libres et peut, par là même, les faire servir utilement, jusqu'à épuisement de leur valeur, à la garantie d'autres emprunts ou les aliéner dans des conditions favorables. Avec le système de la généralité, du reste, la clause d'hypothèque de tous les immeubles présents et à venir du débiteur n'eût pas tardé à devenir une clause de style, comme cela s'est produit dans l'ancien droit, le débiteur subissant en général la loi du créancier, dont il a besoin en contractant. Ajoutons que le principe de la spécialité permet au constituant de mesurer avec précision l'étendue de la charge hypothécaire qu'il consent.

Quant au créancier, il ne saurait se plaindre de voir son droit limité à un immeuble déterminé, car il gagne en certitude ce qu'il perd en étendue, comme l'a dit fort justement la Cour de Riom (*Doc. hyp.*, t. III, p. 323). Le nombre des biens non grevés étant multiplié, il a plus de chance d'en rencontrer, et il n'a pas à s'inquiéter de rechercher quelles sont toutes les dettes hypothécaires de son débiteur et quelle est la valeur totale de ses immeubles : il lui suffit de s'enquérir si le bien qui lui est offert en garantie a encore une valeur hypothécaire suffisante pour assurer le paiement de sa créance et des frais, ce qui lui est d'autant plus facile que la publicité vient compléter la spécialité en faisant connaître exactement dans quelle mesure chacun des biens du débiteur est déjà frappé hypothécairement.

La spécialité offre, en outre, ce précieux avantage de simplifier les procédures d'ordre et d'en diminuer les frais, l'accumulation d'hypothèques nombreuses sur le même immeuble étant rendue moins fréquente.

Enfin, la spécialité de l'hypothèque contribue éminemment à l'accroissement de la richesse sociale, en ce qu'elle augmente le crédit de la terre et favorise les transferts immobiliers, grâce à la sécurité qu'elle donne aux prêteurs et aux acquéreurs.

70. Mais, pour que ces heureuses conséquences se réalisent d'une façon complète, il est indispensable que le principe de la spécialité soit appliqué, sans exception, à toutes les hypothèques qui peuvent grever un immeuble, aux hypothèques légales et judiciaires comme aux hypothèques conventionnelles. Et malheureusement il n'en est pas ainsi dans notre législation. Les hypothèques judiciaires et la plupart des hypothèques légales, celles de la femme mariée, du mineur et de l'interdit notamment, sont générales, et s'étendent par conséquent sur tous les immeubles présents et futurs du débiteur (art. 2122 et 2123, C. civ.) Il y a bien, il est vrai, suivant des distinctions dans lesquelles nous n'avons pas à entrer, la ressource de la restriction et celle de la réduction, pour les causes et dans les conditions déterminées par les articles 2140 à 2145, 2161 à 2165 du Code civil, mais ce ne sont là que des palliatifs, et non un véritable remède, comme le serait la consécration absolue du principe de la spécialité.

La charge que l'existence d'hypothèques générales fait peser sur le crédit des débiteurs est d'autant plus lourde que, pour les plus répandues d'entre elles, celles des mineurs, interdits et femmes mariées, le Code civil a associé la clandestinité à la généralité (art. 2135). Il s'ensuit que, dans la plupart des cas, la situation hypothécaire d'un

immeuble ne peut être exactement appréciée par la personne qui veut l'acheter ou faire un placement dont il doit être la garantie. Aussi les achats d'immeubles et les prêts hypothécaires restent-ils chez nous, malgré la spécialité et la publicité des hypothèques conventionnelles, des opérations d'une sûreté toujours douteuse au point de vue des charges, et encore ne parlons-nous que des hypothèques, qui peuvent grever le bien vendu ou hypothéqué.

L'hypothèque conventionnelle elle-même peut exceptionnellement, lorsque certaines conditions se trouvent réunies (art. 2130), porter sur les biens à venir du constituant. Mais les inconvénients de la généralité sont ici bien peu sensibles, car, ainsi que nous le verrons dans la quatrième partie, l'on s'accorde à reconnaître que l'hypothèque ainsi consentie sur les biens à venir ne frappe réellement ces biens qu'à compter et dans les limites de l'inscription spécialement prise par le créancier, sur chacun d'eux nominativement, au fur et à mesure qu'ils sont entrés dans le patrimoine du débiteur.

71. Le gage hypothécaire ne serait encore qu'imparfaitement spécialisé si l'on se bornait à étendre la spécialité, telle que le Code la conçoit, à toutes les hypothèques. Il faudrait, en outre, supprimer cette conséquence de l'indivisibilité de l'hypothèque, qui fait que chacune des hypothèques confé-

rées sur un même immeuble porte sur la totalité de cet immeuble. Avec le système actuel, si l'hypothèque d'un créancier antérieurement inscrit vient à s'éteindre ou à être annulée, les hypothèques des créanciers postérieurs s'élèvent respectivement au rang supérieur. D'où il suit qu'en désintéressant un créancier premier inscrit par exemple, au lieu de faire sa propre affaire et de libérer effectivement son immeuble jusqu'à concurrence de la somme qu'il a remboursée, le débiteur fait en réalité l'affaire des créanciers subséquents, qui obtiennent ainsi une sûreté plus grande que celle qui leur avait été primitivement concédée.

Il semblerait juste cependant que le débiteur pût de nouveau consentir une première hypothèque sur son immeuble, lorsque la première place est devenue libre. Ce ne sont pas les créanciers postérieurs qui seraient fondés à s'en plaindre, car leurs droits n'en recevraient aucune atteinte : ils n'ont pu, en effet, lors du contrat, raisonnablement compter sur une situation hypothécaire préférable à celle en vue de laquelle ils ont consenti à traiter avec le débiteur. Pourquoi, dès lors, priver celui-ci d'un sérieux élément de crédit, comme le serait pour lui la faculté de conférer une hypothèque de premier rang?

Sans doute, le débiteur pourrait atteindre ce résultat au moyen d'une convention particulière et

expresse avec chacun des créanciers subséquents. L'indivisibilité étant, en effet, seulement de la nature (art. 2114), et non de l'essence de l'hypothèque, le créancier, dans le seul intérêt duquel la loi l'établit, est libre d'y renoncer. Mais il ne faut pas oublier que le débiteur subit presque toujours la loi du créancier, et qu'il est par suite fort mal placé pour l'amener à lui sacrifier l'espoir, si incertain qu'il puisse être, de succéder aux droits d'un créancier préférable.

Force serait d'introduire à cet effet dans nos lois une disposition en vertu de laquelle le rang occupé primitivement par une hypothèque, dans la série des hypothèques inscrites sur un même immeuble, devrait demeurer immuablement fixé. Ce serait, si l'on veut, la spécialité quant au rang. Soit, par exemple, un immeuble valant 50,000 francs, sur lequel le propriétaire a consenti successivement à trois créanciers, une première hypothèque de 10,000 francs, une deuxième de 20,000 et une troisième de 15,000. Grâce à la spécialité quant au rang, quand même l'hypothèque de 10,000 francs viendrait à s'éteindre où à être annulée, le second créancier resterait toujours en face de la possibilité d'être primé hypothécairement jusqu'à concurrence de 10,000 francs; de même, la disparition de celles qui la précèdent n'empêcherait pas la troisième hypothèque de pouvoir être primée

par une ou plusieurs nouvelles hypothèques, jusqu'à concurrence de 30,000 francs. En résumé, le paiement fait à l'un des créanciers hypothécaires, ou l'annulation de son titre, aurait pour conséquence, non plus d'augmenter les droits des créanciers subséquents, mais de rendre à l'immeuble tout le crédit absorbé par l'hypothèque disparue.

L'emprunteur obtiendrait, de plus, le précieux avantage, difficilement réalisable avec le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, de pouvoir offrir au prêteur une hypothèque de tel ou tel rang, suivant l'état de son crédit. Sur un immeuble valant 50,000 francs, il constituerait d'abord, par exemple, une hypothèque de 20,000 francs, qu'il déclarerait susceptible d'être primée par 10,000 francs; et plus tard, s'il avait besoin de faire un nouvel emprunt, il pourrait, selon les circonstances, soit ne donner qu'une hypothèque susceptible d'être primée par 30,000 francs et réserver ainsi pour l'avenir le meilleur du crédit de son fonds, soit offrir immédiatement une première hypothèque jusqu'à concurrence de 10,000 francs. On arriverait ainsi, avec l'hypothèque accessoire, à un résultat analogue à celui que la législation de la ville de Brême et les lois prussiennes de 1872 (V. *suprà*. n^os^ 51 et 52) ont obtenu avec l'hypothèque indépendante.

Est-il nécessaire d'ajouter que, si la spécialité

quant au rang était admise, les créanciers hypothécaires qui n'occupent pas le premier rang n'auraient plus d'intérêt à contester les droits de celui ou de ceux qui les précèdent, et qu'en conséquence le nombre des incidents qui viennent compliquer les procédures d'ordre et les rendre interminables serait considérablement diminué? (Cf. M. Cauwès, *op. cit.*, t. I, n° 673 *in fine*.)

72. Les avantages de la spécialité sont tellement évidents que, si l'on comprend à la rigueur les hésitations des rédacteurs du Code civil à rompre définitivement avec les vieux errements d'une tradition ancienne (Fenet, *Trav. prép.*, t. II, pp. 615 et s.), on a peine à s'expliquer que de nos jours, après une expérience quasi centenaire de la spécialité de l'hypothèque conventionnelle, un jurisconsulte distingué se soit élevé contre son principe. M. Huc (*Étude sur le régime hypothécaire*, Toulouse, 1867, pp. 30 et s.) veut bien admettre la spécialité quant à la créance, mais il se refuse obstinément à approuver la spécialité quant aux biens et considère comme dénués de toute espèce de valeur et, de plus, comme se contredisant l'un l'autre les motifs qui ont fait bannir de notre Code les hypothèques conventionnelles sur tous les biens présents et à venir du débiteur. « Se contenter de pareils motifs, dit-il, c'est vouloir se payer de mots ;

et c'est ce qui arrivera toujours chaque fois que dans une matière purement juridique on se laissera influencer par des considérations prétendues économiques. » A son avis, le seul mérite que peut avoir la spécialité quant aux biens, c'est de permettre au débiteur de ne pas hypothéquer des immeubles libres et trop considérables pour un prêt de médiocre importance, hypothèse de nature à se présenter bien rarement, ajoute-t-il, « car elle suppose un grand propriétaire dont tous les immeubles sont libres, et qui cependant, chose assez inexplicable, ne peut trouver une très-petite somme qu'en offrant une hypothèque ».

L'argumentation de M. Huc consistant en la négation de tous les avantages que nous avons relevés dans la spécialité quant aux biens, se réfute d'elle-même. Aussi est-ce là une opinion qu'on peut considérer comme isolée, ou peu s'en faut, dans la doctrine contemporaine. Nous ne l'aurions pas mentionnée, si l'honorable professeur n'avait émis une idée dont les conséquences, si elle était vraie, pourraient avoir une certaine portée pratique, idée d'après laquelle les rédacteurs du Code n'auraient vu dans la spécialité de la constitution qu'un moyen pour arriver à la spécialité de l'inscription. On aperçoit aisément le résultat auquel aboutirait pratiquement cette théorie : s'il était admis que la spécialité de la constitution et celle de l'inscription

tendissent l'une et l'autre au seul et même but, l'effet voulu par la loi serait complètement atteint dès que l'inscription aurait spécialisé l'hypothèque, quand même l'acte constitutif ne l'aurait pas fait préalablement, ou ne l'aurait fait qu'insuffisamment. Il est à peine besoin de faire remarquer que cette interprétation est directement contraire aux articles 2129 et 2132, qui font de la spécialité une condition de validité de la constitution d'hypothèque. Or, un acte qui n'est pas valable ne saurait produire aucun effet : d'où il suit que l'inscription prise au moyen d'un acte nul pour défaut de spécialité serait inopérante, car elle serait prise en vertu d'un droit qui n'existe pas. Aussi la jurisprudence a-t-elle constamment rejeté les conclusions des créanciers qui prétendaient purger, au moyen des énonciations contenues dans l'inscription, le vice résultant de l'absence ou de l'insuffisance de spécialité dans le titre constitutif de l'hypothèque (1). Nous ne croyons pas, au surplus, qu'il y ait eu, dans la pensée des auteurs du Code, une confusion entre la spécialité et la publicité, car, s'ils n'avaient eu en vue que l'intérêt de la publicité, ils n'auraient pas exigé séparément et la spécialité de la constitution et la spécialité de l'inscription :

(1) V. notam. Civ. rej., 26 avril 1852, *Dall.*, 52, 1, 131. — MM. Pont, *Des priv. et hyp.*, nº 672 ; Laurent, *op. cit.*, t. XXX, nos 499 et 510 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. III, § 266, p. 281, texte et notes 64 et 65.

après avoir laissé les parties libres d'attacher, si bon leur semblait, la généralité à l'acte constitutif de l'hypothèque, ils se seraient bornés à décider que cet acte ne deviendrait opposable aux tiers qu'à la condition et dans la mesure d'une inscription prise spécialement sur chacun des immeubles du constituant, pour une somme certaine et déterminée. C'est ce qu'a fait, en un certain sens, le Code italien de 1865 qui permet de constituer une hypothèque générale quant à la créance (arg. *a contrario* de l'art. 1979), mais exige que l'inscription soit toujours spéciale (art. 1965 et 1987). « Telle n'est pas la règle du Code civil, dit M. Colmet de Santerre ; mais on comprend qu'il pourrait en être ainsi, dès lors on ne saurait trouver la raison de la spécialité de la constitution d'hypothèque dans les nécessités du principe de publicité » (*op. cit.*, t. IX, n° 96 *bis* II). Les motifs que nous avons donnés plus haut, pour justifier au point de vue du débiteur la règle de la spécialité de l'hypothèque conventionnelle, sont assez sérieux, en effet, pour qu'il ne soit pas besoin de la rattacher par un lien nécessaire à la règle de la publicité.

73. Grâce à ses avantages multiples et à sa supériorité indiscutable, le principe de la spécialité, au moins en ce qui a trait à l'hypothèque conventionnelle, a été généralement adopté par les légis-

lations étrangères. Aujourd'hui, il n'y a plus à distinguer, à cet égard, entre les pays qui suivent le système hypothécaire français et ceux qui pratiquent le système germanique. Seuls peut-être en Europe, le canton suisse du Tessin (Code civil de 1837, art. 1154) et deux provinces baltiques, la Courlande et la Livonie (Code Baltique de 1864, art. 1607 à 1610), autorisent encore la constitution d'une hypothèque conventionnelle purement et simplement générale.

Parmi les pays du système français qui, à notre suite, se sont ralliés au principe de la spécialité, nous pouvons citer l'Italie (Code civil de 1865, art. 1977, 1979 et 1987), l'Espagne (Loi hypothécaire du 8 février 1861, art. 9 et 12), la Belgique (Loi du 16 décembre 1851, art. 78 et 80), la Hollande (Code civil du 1er octobre 1838, art. 1219 et 1221), les Iles Ioniennes (Code civil de 1841, art. 1965 et 1967), les cantons suisses du Valais (Code civil de 1855, art. 1891, 1892 et 1895), de Genève (Code civil, art. 2129 et 2132), de Neufchâtel (Code civil de 1855, art. 1727), la Bolivie (Code civil de 1843, art. 2117), Haïti (Code civil de 1825, art. 1896 et 1899), la Louisiane (Code civil de 1825, art. 3273 et 3277), etc...

La plupart de ces pays sont même allés plus loin que nous dans la proscription de l'hypothèque conventionnelle des biens à venir, en excluant de

leurs lois la restriction que l'article 2130 de notre Code civil apporte au principe de la spécialité. Nous y reviendrons quand nous étudierons cet article.

Quant aux pays ayant adopté les bases du système germanique, la spécialité de l'hypothèque y est absolue : elle s'y rattache, en effet, par un lien nécessaire, à la constitution même de l'hypothèque, ainsi que nous allons le voir dans le paragraphe suivant.

IX. — LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES QUI ADMETTENT, POUR LA CONSTITUTION DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE, DES PRINCIPES DIFFÉRENTS DES NOTRES.

Le système français et le système allemand en matière de constitution et de transmission de droits réels immobiliers. — Des principes de la publicité et de la légalité.

74. Dans la façon générale dont elles conçoivent juridiquement la constitution des droits réels immobiliers, les législations de l'Europe suivent deux courants bien distincts, qui remontent l'un et l'autre à l'éclosion même de la propriété individuelle sur le continent européen et se rattachent, au moins dans leur principe, aux conditions différentes dans lesquelles s'établit et se développa, chez les Romains et chez les Germains, cette forme de la propriété.

De là sont sortis les deux grands systèmes hypothécaires qui se partagent aujourd'hui l'Europe, le *système romain* ou *français* et le *système germanique* ou *allemand*, entre lesquels existent d'intéressants contrastes, qu'il importe de bien saisir, si l'on veut se faire une idée exacte de leurs avantages et de leurs inconvénients respectifs.

75. A Rome, la propriété du sol primitivement conquis (*ager Romanus*), d'abord collective, comme chez les autres peuples de race aryenne (1), mais devenue bientôt individuelle (2), perdit rapidement les quelques traces qu'elle avait conservées de sa forme première. On n'en saurait trouver de meilleure preuve que l'évolution qui se produisit dans les modes de création et de transmission des droits réels immobiliers. Ces droits, à commencer par le droit de propriété lui-même, ne pouvaient à l'origine s'acquérir que par des modes du droit civil, la mancipation et l'*in jure cessio* (Ulpien, R., XIX, § 1, 3, 4 et 9), et n'étaient dès lors, en principe,

(1) V., sur ce point, MM. de Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, pp. 145 et suiv. ; Paul Viollet, *Caractère collectif des premières propriétés immobilières*, p. 23.

(2) A la communauté absolue, Romulus substitua une communauté restreinte, en répartissant également, entre les trente curies qu'il avait établies, le territoire romain, à l'exception d'une partie qui fut réservée pour les dépenses des temples et pour celles du trésor public (Varron, *De ling. lat.*, V. 55 ; Denys d'Halicarnasse, II, 7). La propriété individuelle n'exista réellement qu'à partir du règne de Numa Pompilius qui partagea les terres entre les citoyens (Cicéron, *De repub.*, II, 12 ; Plutarque, *Vie de Numa*, XXI).

accessibles qu'aux personnes investies du droit de cité (Gaïus, I, 119; II, 65), qui, seules considérées comme ayant participé à la conquête, étaient seules admises à en recueillir les bénéfices (Cf. M. Accarias, *op. cit.*, t. I, nº 203) ; de plus, même entre citoyens romains, l'aliénation ne pouvait s'opérer sans l'intervention, purement passive d'ailleurs, de l'autorité publique, représentée, dans la mancipation, par les cinq témoins, *classici testes*, qui correspondaient aux cinq classes du peuple, et dans l'*in jure cessio*, par le magistrat (Cf. M. Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 498, note 3).

Mais cet état de choses fut de courte durée. On sait, en effet, qu'à l'époque classique, grâce aux règles posées par le droit prétorien, la simple tradition d'une *res mancipi* corporelle procurait à l'*accipiens* tous les avantages utiles de la propriété proprement dite ; les différences entre la propriété prétorienne et la propriété quiritaire résidaient plutôt à la surface que dans le fond (1), et encore les légères nuances de détail qui séparaient les deux droits pouvaient-elles disparaître complètement par l'effet de l'usucapion, qui transformait l'*in bonis* en *dominium ex jure Quiritium* (Gaïus, II, 41). Aussi s'explique-t-on aisément que, même pour les immeubles, *res mancipi* par excellence,

(1) V., sur ce point, M. Accarias, *op. cit.*, t. I, nº 229.

la tradition, qui n'exigeait aucune des formes solennelles de la mancipation ou de l'*in jure cessio*, et qui avait en outre, sur ces deux modes de transférer la propriété, l'avantage de comporter l'opposition d'un *dies a quo* ou d'une condition suspensive (Julien, loi 38, p. 1, D., *De acq. vel. amitt. poss.*, XLI, 2), soit devenue peu à peu le mode préféré d'aliénation. Le même résultat se produisit à l'égard des *res incorporales*, par suite de l'admission de la quasi-tradition (Ulpien, loi 11, p. 1, D., *De Publ. in rem act.*, VI, 2).

Or la tradition et tout ce que nous allons dire de la tradition s'applique également à la quasi-tradition, appartenait au droit des gens et, par conséquent, était accessible à toutes personnes (Gaïus, II, 66) ; d'autre part, elle excluait, par sa nature même, toute espèce d'intervention du pouvoir public. En favoriser l'extension, c'était donc reconnaître l'indépendance du droit individuel par rapport au droit de la société. Une fois entrés dans cette voie, les Romains allèrent jusqu'au bout, et Justinien porta un coup définitif à la vieille conception d'un droit supérieur de l'État sur les immeubles des particuliers, en supprimant les *res mancipi* (Loi uniq., *in fine*, C., *De usuc. transf.*, VII, 31) et en faisant ainsi de la tradition le seul mode volontaire de translation des droits réels immobiliers. Nous ne parlons, bien entendu,

de l'hypothèque qui, on le sait, plus indépendante encore au point de vue de la forme, naissait d'une simple convention.

Il n'y eut pas, d'ailleurs, que les terres comprises dans l'*ager Romanus* qui bénéficièrent de cette mesure libérale : elle s'étendit à tous les immeubles situés sur le territoire Italique, qui avait été assimilé, vers la fin de la République, à l'*ager Romanus* (M. Accarias, *op. cit.*, t. I, nº 207), et même à certains immeubles provinciaux investis par les empereurs du *jus Italicum*, c'est-à-dire du droit de jouir des prérogatives attachées au sol Italique (V. notam. les lois 1, 6 à 8, D., *De censibus*, L, 15).

Un dernier progrès restait à accomplir. Les fonds provinciaux non investis du *jus Italicum*, encore que la jouissance en fût laissée à des particuliers, appartenaient théoriquement au peuple ou à l'empereur et n'étaient pas en principe susceptibles d'un véritable *dominium* privé (Gaïus, II, 7). Il y avait là, entre les fonds provinciaux et les fonds Italiques, une inégalité purement artificielle, qui pouvait avoir eu sa raison d'être à l'origine, mais qui ne se comprenait plus du tout sous les empereurs. La logique exigeait donc qu'elle disparût et que l'aptitude au *dominium* privé devînt la règle pour toutes les terres comprises dans l'Empire romain. On y arriva peu à peu. Au point de vue qui nous occupe, « l'assimilation, dit M. Accarias

(*op. cit.*, t. I, n° 209), résulte progressivement de l'abandon des formes vieillies du droit civil, de la prédominance tous les jours plus accusée du droit prétorien, et de la nécessité mieux sentie d'établir les mêmes règles partout où existaient les mêmes besoins. Aussi, dès l'époque de Dioclétien, voyons-nous parfois les mots *dominium* et *dominus* employés sans scrupule alors même qu'il s'agit d'un sol provincial (*Fr. Vat.*, §§ 315 et 316), et il n'y a rien d'exagéré à soutenir qu'au commencement du règne de Justinien la distinction n'existait plus que dans les anciens livres. Ce prince put donc la supprimer sans accomplir une révolution juridique » (Loi uniq., C., *De nud. jur. Quirit. toll.*, VII, 25).

En résumé, à l'époque de Justinien, toute distinction est effacée entre les *res mancipi* et les *res nec mancipi*, entre les fonds Italiques et les fonds provinciaux. Le seul mode volontaire de transférer ou de démembrer la propriété appartient au droit naturel, et le droit réel ainsi acquis s'analyse toujours en un droit plein et exclusif. C'est le triomphe complet du droit de l'individu sur le droit de la société. L'émancipation de la propriété privée est radicale : les diverses transmissions, les modifications variées dont elle peut être l'objet entre les particuliers, sont devenues indifférentes à l'État (1).

(1) Nous ajoutons cette phrase explicative afin de limiter la por-

76. Au Moyen âge, cette théorie de l'indépendance de la propriété individuelle par rapport à l'autorité publique faillit sombrer sous l'influence des coutumes germaniques, qui avaient introduit dans le droit féodal la pratique de l'investiture seigneuriale. Mais, grâce aux efforts des légistes, elle résista victorieusement, et c'est elle que nous retrouvons aujourd'hui dans notre droit français.

Ce qui la caractérise essentiellement, et, à ce point de vue, les Romains eux-mêmes n'eurent aucun progrès à réaliser, puisque le rôle du magistrat, dans l'*in jure cessio*, et des cinq témoins, dans la mancipation, fut toujours purement passif, c'est ce fait que la constitution du droit réel est l'œuvre exclusive des parties. Certaines formes solennelles, plus ou moins extérieures, la présence de témoins, l'assistance d'un officier public, peuvent être exigées, soit pour assurer la preuve de la convention, soit pour manifester l'existence du droit réel ; mais la création de ce droit est avant tout subordonnée au consentement des contractants, et ceux-ci jouent seul un rôle actif dans l'opération : en d'autres termes, l'acquéreur (1)

tée de la proposition qui la précède. Nous n'entendons pas dire, en effet, que les Romains aient jamais subordonné l'intérêt public à l'intérêt privé : l'existence dans leur législation de servitudes légales, de l'expropriation pour cause d'utilité publique, de l'impôt foncier qui, d'abord spécial au fonds provinciaux, fut plus tard étendu aux fonds Italiques, suffit à démontrer le contraire.

(1) Par le mot *acquéreur*, nous désignons, en général, aussi bien

tient directement son droit de l'aliénateur, et rien que de l'aliénateur.

77. De là découle logiquement cette conséquence que le droit de l'acquéreur se mesure exactement sur celui de l'aliénateur, car, si le titulaire d'un droit réel peut transmettre ce droit tout entier, il ne saurait, sans l'intervention d'une volonté supérieure à la sienne, transmettre ni un droit plus étendu ni un droit plus solide. *Nemo plus juris ad alium transferre potest quem ipse habet.* L'acquéreur ne devient donc propriétaire ou titulaire d'un droit réel quelconque qu'autant que l'aliénateur était lui-même propriétaire ou titulaire de ce droit réel. L'aliénateur n'avait-il sur l'immeuble qu'un droit conditionnel, résoluble ou rescindable, le droit créé ou transmis sera soumis à la même condition, à la même résolution ou à la même rescision (Cf. art. 2125, C. civ.). Aussi l'acquéreur doit-il, avant de traiter, vérifier soigneusement l'existence, la validité et l'étendue du droit que l'aliénateur prétend avoir sur l'immeuble.

Théoriquement, cette vérification n'est possible qu'à la condition de remonter d'auteur en auteur jusqu'à l'origine même de la propriété, et de contrôler le droit de chacun de ceux par les mains le créancier qui reçoit une hypothèque que l'acheteur ou le donataire auquel est transmis soit un droit de propriété, soit un droit d'usufruit ou de servitude. La même observation s'applique *mutatis mutandis* au mot *aliénateur*.

desquels l'immeuble a successivement passé avant de parvenir à l'aliénateur ; car si un seul de ces auteurs n'en a pas été propriétaire ou si, en étant propriétaire, il n'avait pas le droit d'en disposer, il n'a pu valablement ni en transmettre ni en démembrer la propriété, et par suite les titres de tous ceux qui ont acquis de lui ou de ses ayants cause des droits sur l'immeuble sont entachés de nullité. Mais qui ne voit qu'en pratique il serait le plus souvent, sinon toujours, impossible de remonter aussi loin dans le passé juridique d'un bien ? De là, pour prévenir l'incertitude de la propriété, la nécessité de fixer un certain laps de temps au delà duquel la légitimité n'en pourra plus être contestée. Et de fait, nous trouvons, dans toutes les législations issues du droit romain et dans le droit romain lui-même, une institution qui répond à ce besoin : à Rome, ce fut l'usucapion (Gaïus, II, 44) ; chez nous, c'est la prescription (C. civ., art. 2219 et s.). Nous ne prétendons pas que ce soit un remède pleinement efficace : alors même qu'on ne remonte qu'à trente années en arrière, il n'est pas toujours facile de suivre la filière et de vérifier la validité des diverses transmissions dont un immeuble ou un droit réel a pu être l'objet. Mais cette difficulté est-elle comparable à celle d'une vérification portant sur des siècles entiers ? On peut, d'ailleurs, l'atténuer sensi-

blement en soumettant les aliénations et les constitutions de droits réels immobiliers à un régime de publicité bien entendu.

78. Est-il indispensable, pour obtenir ce résultat, de faire de la publicité la condition même de l'existence du droit réel? En d'autres termes, faut-il absolument exiger, même *inter partes*, pour la validité du transfert de la propriété ou de la création d'une hypothèque, d'un usufruit, d'une servitude, outre la volonté des parties, quelque formalité matérielle et extérieure qui la révèle juridiquement? Nous ne le pensons pas, et nous dirons plus loin pourquoi (V. *infrà*, n° 91). En tout cas, alors même que nous admettrions l'affirmative, nous ne regretterions certainement pas les modes formalistes usités primitivement en droit romain pour transférer et démembrer la propriété, et pour constituer une sûreté réelle. Sans doute une certaine publicité pouvait résulter de la participation du magistrat à l'*in jure cessio* et surtout de la présence des cinq témoins dans la mancipation, mais ce n'était là qu'une publicité éphémère et toute relative. D'ailleurs, quoi qu'on en ait dit, ces solennités n'avaient point été établies dans un but d'utilité pratique. Cela est si vrai que la tradition, d'une allure plus rapide et d'un emploi plus souple que la mancipation et l'*in jure cessio*, mais d'une publicité moindre, et par conséquent d'une

sécurité plus douteuse, devint bientôt le mode d'aliénation préféré et finit même par supplanter les deux autres. De là cette règle générale du droit de Justinien ; *Traditionibus (et usucapionibus) dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* (Loi 20, C., *De pactis*, II, 3).

La tradition elle-même devait fatalement disparaître dans un avenir plus ou moins éloigné. Elle était condamnée d'avance par son inutilité même. En effet, simple mise en possession, n'exigeant pas la présence de tiers, n'impliquant d'ailleurs par elle-même aucun contact physique avec la chose, elle ne donnait aux mutations immobilières, les seules dont nous ayons à nous occuper ici, qu'une publicité insignifiante. Souvent même elle ne se révélait pas extérieurement, par exemple, si déjà l'*accipiens* détenait l'immeuble à titre de locataire ou de fermier (Gaïus, loi 9, p. 5, D., *De adq. rer. dom.*, XLI, 1), ou si, à l'inverse, le *tradens* convenait avec l'*accipiens* de garder désormais la chose comme locataire ou fermier, ou comme usufruitier (Marcellus, loi 19, pr., D., *De adq. vel amitt. poss.*, XLI, 2; Loi 28 et 35, p. 5, C., *De donat.*, VIII, 54). C'était donc, en réalité, une complication stérile, une entrave gênante par conséquent, qu'une législation ayant, comme la législation romaine, conscience de son génie, aurait dû supprimer.

Nos praticiens, dans l'ancien droit, ne s'y trompèrent pas : sans oser répudier ouvertement la règle romaine, ils la réduisirent en quelque sorte à néant en se contentant d'une tradition fictive, laquelle résultait d'une clause, dite de *dessaisine-saisine*, insérée dans l'acte constatant le contrat, clause qui finit par devenir de style (1). Enfin le Code civil, marquant une dernière étape dans la voie du progrès, sous-entendit la clause de *dessaisine-saisine* dans toute convention de transférer la propriété d'un corps certain (art. 938 et 1138) ; de sorte que si l'on généralise ce nouveau principe, on peut poser en règle que, dans notre législation, les droits réels s'acquièrent et se transmettent par le seul effet du consentement, *nudis pactis*, aurait dit Justinien.

79. C'est ainsi que, grâce à la dégradation progressive des principes formalistes de la législation romaine, le déplacement des droits immobiliers perdit peu à peu de son caractère primitif de fait extérieur, pour arriver, avec le Code civil, à n'être plus qu'un fait purement métaphysique et partant occulte. Rationnellement, cette conception est irréprochable, car pourquoi exiger un fait matériel pour la constitution ou la transmission d'un droit, chose essentiellement immatérielle ? Prati-

(1) V. notam. l'art. 278 de la *Coutume d'Orléans* ; Argou, *Inst. au dr. fr.*, édit. Boucher d'Argis, p. 243 ; Pothier, *Vente*, n° 313.

quement, si on l'érige en règle absolue, elle peut paraître excessive, car, dès lors que le droit réel existe à l'égard de tous, on comprend que sa création et son déplacement ne doivent pas rester occultes. Force est donc, dans l'application, si l'on veut qu'il donne des résultats satisfaisants, de tempérer dans une certaine mesure le principe spiritualiste de la souveraineté des conventions par un correctif formaliste destiné à manifester publiquement l'existence du droit réel et à prévenir ainsi les fraudes et les surprises. Sur ce point tout le monde est d'accord. Mais où l'on ne s'entend plus, c'est, comme nous le disions plus haut, lorsqu'il s'agit de déterminer la mesure dans laquelle la publicité des droits immobiliers doit être requise. Les uns, oubliant que la publicité n'a rien à voir dans les rapports des parties entre elles voudraient en faire, comme dans la législation romaine, la condition de la création et de la transmission du droit. Les autres, et nous sommes du nombre, estiment que la publicité, destinée simplement à protéger les tiers, ne doit être exigée qu'à leur égard.

Quoi qu'il en soit de ces deux manières de voir, sur lesquelles nous reviendrons, la seconde fut, sans aucun doute, celle des rédacteurs du Code civil, puisqu'ils décidèrent que la donation d'un immeuble susceptible d'hypothèque et la convention

d'hypothèque elle-même ne seraient opposables aux tiers qu'après avoir été rendues publiques (art. 939 et s., 2134 et 2166. — V. égal., pour quelques cas particuliers, les art. 1069 et s., 2108, 2180 et 2181). Ce n'était là, d'ailleurs, qu'une application partielle du système de publicité qu'avait inauguré, en l'étendant à tous les actes entre-vifs translatifs de droits réels immobiliers, la loi du 11 brumaire an VII. Le grand tort des auteurs du Code fut de s'en tenir à cette application partielle. N'était-il pas, en effet, souverainement illogique que la publicité fût une condition imposée au donataire et au créancier hypothécaire et qu'elle ne fût pas exigée de l'acquéreur à titre onéreux d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel immobilier? Fort heureusement, la loi du 23 mars 1855, sur la transcription en matière hypothécaire, est venue faire cesser cette anomalie en soumettant au régime de la publicité tout acte entre-vifs qui déplace la propriété immobilière ou qui l'affecte de manière à en modifier la valeur comme gage hypothécaire (1).

(1) Observons toutefois qu'antérieurement à la loi de 1855, le Code de procédure civile, rendu exécutoire à partir du 1er janvier 1807, était venu donner, dans son article 834, un effet considérable à la transcription d'un acte d'aliénation volontaire à titre onéreux. L'aliénation volontaire d'un immeuble ne suffisait plus, comme sous l'empire du Code civil, pour arrêter le cours des inscriptions des hypothèques ou des privilèges acquis du chef de l'aliénateur : le créancier privilégié ou hypothécaire, antérieur à

Mais qu'on ne s'y méprenne pas, la loi de 1855 n'a pas fait un retour en arrière et n'a nullement abrogé la règle que la propriété et les droits réels se créent et se transmettent par le seul consentement. Cette règle subsiste sans restriction dans les rapports des parties entre elles. Elle subsiste même, d'une façon générale, et peut-être faut-il le regretter, à l'égard des tiers ; car, moins absolue que le Code civil lui-même, qui, dans le cas d'une constitution d'hypothèque comme dans celui d'une donation d'un bien susceptible d'hypothèque, accorde en principe à tout tiers intéressé le droit de se prévaloir du défaut de publicité (1), la loi nouvelle ne reconnaît cette faculté qu'aux « tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois » (art. 3), c'est-à-dire en les faisant transcrire, s'il s'agit de droits de propriété, d'usufruit, de servitude, etc., ou inscrire, s'il s'agit d'hypothèques.

80. En résumé, ce qui constitue aujourd'hui, au point de vue où nous nous plaçons, la marque dis-

l'aliénation, avait la latitude de s'inscrire même postérieuremeut à l'acte translatif de propriété, à la condition de le faire dans la quinzaine de la transcription de cet acte. L'article 834 a été abrogé par l'article 6 de la loi de 1855.

(1) V. pour la donation, l'art. 941 ; pour l'hypothèque, l'art. 2134 combiné avec les art. 2093, 2113, 2146 (C. civ.), et l'art. 446 (C. com.). *Adde* : Req. rej., 19 décembre 1809, *Sir.*, 10, 1, 101 ; Civ. rej., 11 juin 1817, *Sir.*, 18, 1, 41. — MM. Pont, *op. cit.*, nº 729; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, § 268, pp. 285 et 286, texte et note 3 ; Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*, nº 101 *bis*. II.

tinctive de notre législation et de toutes celles qui admettent nos principes en la matière, c'est la toute-puissance de la volonté des parties dans la création par contrat des droits réels. Ce n'est pas la transcription qui rend propriétaire, pas plus que ce n'est l'inscription qui donne l'hypothèque : simples mesures de publicité, ces formalités, loin de faire acquérir des droits nouveaux, ne procurent même pas la preuve des droits déjà acquis qu'elles révèlent; elles établissent seulement, à l'égard des tiers, que l'acquéreur, le créancier hypothécaire tient son droit de l'aliénateur, du constituant, ce qui lui assure la préférence sur tout autre acquéreur ou créancier hypothécaire du même auteur, dont le titre n'aurait pas été transcrit ou inscrit antérieurement, mais ne saurait avoir pour résultat d'établir que cet auteur était réellement propriétaire de l'immeuble aliéné ou hypothéqué, ou titulaire du droit réel concédé.

81. Bien différente est la théorie admise par les législations qui suivent le second système.

Chez les Germains, le passage de la propriété collective à la propriété individuelle ne s'opéra pas aussi rapidement et ne fut jamais aussi complet qu'à Rome. Ce n'est qu'à la longue et sous la pression des faits que ce peuple, composé surtout de chasseurs et de guerriers, s'aperçut que l'appro-

priation individuelle de la terre est une condition essentielle du progrès agricole. Les diverses tribus se virent dès lors en quelque sorte contraintes d'assurer, à chacun de ceux qui cultivaient le sol commun, au moins la jouissance exclusive et durable de la portion par lui aménagée. Mais elles s'en tinrent à cette concession de pur fait, accordée seulement *utilitatis causa*, et se gardèrent bien d'abandonner aux particuliers la propriété proprement dite du sol : celui-ci resta dans le domaine théorique de la tribu.

82. Aussi les tribus veillaient-elles avec soin sur les destinées des terres concédées aux particuliers. Nulle transmission, nul démembrement de la propriété foncière, permise aux seuls hommes libres, ne pouvait avoir lieu hors la présence et sans l'assentiment du propriétaire commun, c'est-à-dire de tous les citoyens. Si l'assemblée populaire l'agréait le cessionnaire acquérait un droit égal à celui du cédant ; mais le seul, le véritable auteur de son droit, c'était la tribu.

Ce mode de procéder n'assurait donc pas seulement la publicité des mutations immobilières : il en assurait également la preuve absolue. Il n'était pas besoin, comme chez les Romains, de remonter d'auteur en auteur, pendant un certain laps de temps, pour établir la validité d'un droit réel ; il suffisait de constater que ce droit avait été créé ou

transmis au vu et au su de la tribu tout entière. A chaque mutation, la propriété foncière remontait ainsi à sa source pour y puiser une nouvelle légitimité (1).

83. La publicité, d'abord absolue, se restreignit peu à peu. A l'époque carolingienne, l'assemblée générale de tous les membres de la tribu fut remplacée par un simple collège d'hommes libres. Ce collège se transforma bientôt en une sorte de tribunal permanent, devant lequel les parties comparaissaient en personne et déclaraient, l'une son intention d'aliéner, l'autre son intention d'acquérir; cette double déclaration, qu'on appelait *Sala* ou *Salung*, était suivie d'une mise en possession symbolique, fait complexe, bien distinct de la tradition romaine : c'était la *Vestitura*. Mais, si la forme de la publicité se modifia, son caractère resta le même : l'autorité chargée de représenter la communauté primitive confirmait l'opération par une sorte d'homologation, et le droit réel ainsi acquis devenait un droit incommutable, à l'abri des attaques de tiers survenant avec des prétentions.

84. Vers le XIII[e] siècle, la cérémonie orale de l'investiture solennelle, *gerichtliche Auflassung*, qui faisait reposer la preuve de l'acte sur le souvenir que le tribunal devait en conserver, ne fut

(1) M. Rondel, *La mobilisation du sol en France*, Paris, 1888, p. 25.

plus, dans certaines régions tout au moins, considérée comme suffisante pour opérer la transmission des droits réels immobiliers. Elle prit, dès lors, le caractère d'une procédure préparatoire, destinée simplement à manifester le consentement des parties, et le résultat définitif de l'opération, la translation de la propriété et des autres droits réels sur les biens-fonds, fut subordonnée à une inscription sur un registre public, *Eintragung*, formalité qui assurait à la mutation, non seulement une preuve, mais aussi une publicité plus durables (1).

85. Sous l'influence du droit romain restauré, tout ce système fut bien quelque peu ébranlé, mais il ne disparut point complètement et reprit même peu à peu son importance primitive (2). C'est lui

(1) Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de consacrer un paragraphe spécial à l'historique de la constitution de l'hypothèque dans l'ancien droit germanique : il ne diffère pas sensiblement de celui de la constitution du droit de propriété. Il suffit de savoir que le moyen auquel on recourut primitivement, pour affecter un immeuble à la sûreté d'une créance, fut la *Satzung*, procédé analogue au *pignus* ou plutôt à l'antichrèse. La forme de la *Satzung* était celle des aliénations proprement dites. Plus tard, la *Satzung* se transforma en un véritable droit d'hypothèque et le bien engagé resta aux mains du débiteur ; mais le mode de constitution du droit nouveau fut toujours celui du droit de propriété, et tout ce que nous avons dit de l'*Auflassung*, de l'*Eintragung*, s'applique à l'hypothèque comme aux autres droits réels immobiliers. V. pour plus de détails, MM. Lehr, *Droit civil germanique*, nos 106, 107 et 108 ; Challamel, *Étude sur les cédules hypothécaires*, § 3.

(2) Le premier effort de réaction contre le droit romain est marqué par un édit du 28 septembre 1693, applicable aux seules villes

ou plutôt le double principe dont il procède, le principe de la *publicité* et le principe de la *légalité*, que nous retrouvons aujourd'hui en vigueur dans une grande partie de l'Europe, dans les pays dits *de droit germanique* (1).

86. Le principe de la *publicité* consiste en ce que l'on ne devient propriétaire, titulaire d'un droit réel immobilier quelconque, qu'à la condition d'être inscrit comme tel sur un registre public (2). L'*Auflassung*, c'est-à-dire la déclaration solennelle de dessaisine devant le juge, est bien encore indispensable, mais elle n'a plus d'autre but que la manifestation de la volonté réciproque des parties d'aliéner et d'acquérir. La transmission ne se réa-

de résidence, Berlin et Cologne. Vinrent ensuite : en Prusse, la loi générale du 4 février 1722, la grande loi des hypothèques du 20 décembre 1783, le code général prussien du 1er juin 1784 ; en Autriche, les lettres patentes du 24 novembre 1758 et du 1er septembre 1765. Les lois actuelles sont indiquées plus loin.

(1) V., sur l'ensemble des développements historiques qui précèdent et pour plus de détails, MM. Lehr, *op. cit.*, nos 60, 61 et 62 ; Challamel, *op. cit.*, §§ 38 et 39 ; Randa, *Étude sur les livres fonciers en Autriche*, communiquée par M. Thévenet, Bull. de la Soc. de législ. comp., 1879, pp. 465 et s. ; Worms, *De la propriété consolidée* pp. 100 et suiv., p. 337.

(2) Toutefois, en droit prussien, ce principe est loin d'avoir l'étendue d'application que nous rencontrons dans la plupart des législations germaniques ; il s'applique à la transmission de la propriété, à la constitution d'hypothèque, de dette foncière, etc..., mais non aux droits réels *irrachetables*, tels que, par exemple, l'usufruit, la rente foncière. Pour ces droits, l'inscription n'est exigée qu'à l'égard des tiers (Code hyp. prussien du 5 mai 1872, loi I, art. 12. — V. M. Gide, *Annuaire de législ. étrangère*, 1873, p. 219, note 4).

lise et ne se consomme que par l'inscription, par l'*Eintragung*. Jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, le contrat tendant à transférer la propriété ou à créer un droit réel ne procure à l'acquéreur aucun droit sur l'immeuble lui-même ; il ne lui confère qu'un simple droit personnel contre l'aliénateur, à l'effet de le contraindre à faire effectuer l'inscription. Celle-ci seule opère la mutation (1).

Ce principe, à peine est-il besoin de le dire, s'applique à l'hypothèque comme au droit de pro-

(1) Code hyp. prussien du 5 mai 1872, loi I, art. 1 et 2 ; C. civ. autrichien (1811), art. 431, applicable en Hongrie depuis le 1er mai 1853, complété par la loi du 25 juillet 1871, art. 4 et 9 ; Loi polonaise du 26 avril 1818, art. 11 ; C. civ. roy. Saxe (1863), art. 276 ; C. civ. zurichois (1854), art. 532 et 534 ; C. civ. cant. Grisons (1862-63), art. 186 ; C. civ. cant. Schaffouse (1864-65), art. 474 ; C. civ. cant. Argovie (1848-52), art. 738 ; C. civ. bernois (1824-30. — Mod. L. 24 décembre 1846), art. 434 et 435 ; C. civ. cant. Glaris (Des droits réels, 1869), art. 16 ; Canton de Vaud, loi du 20 janvier 1882, art. 1er, etc.... Depuis 1872, diverses lois successives ont soumis presque tous les États allemands situés sur la rive droite du Rhin (notam. le Nassau, le grand-duché de Hesse, le Lauenbourg, les provinces de Schlewig-Holstein et de Hanovre, les territoires de Hohenzollern et de Francfort, le duché de Brunswick) au régime du Code hypothécaire prussien, qu'on peut considérer comme formant aujourd'hui le droit commun de l'Allemagne. Ce régime sera sans doute prochainement introduit dans les pays rhénans encore soumis au Code civil français : une loi du 20 mai 1885 est destinée à préparer et à faciliter cette introduction (*Annuaire de législ. étrangère*, 1886, pp. 129 et suiv., notice et traduction de M. Gonse). Ajoutons toutefois que le système prussien rencontre de vives résistances en Alsace-Lorraine (*Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1886, p. 561, Communic., de M. Gonse). — La loi russe du 19 mai 1881, relative aux principes généraux sur la constitution du droit de propriété et des autres droits réels, contient les bases d'une législa-

priété (1) ; il est même remarquable qu'en Prusse, d'après la législation antérieure au Code hypothécaire de 1872, l'inscription n'était indispensable que pour les constitutions d'hypothèque, comme cela se produit encore aujourd'hui en Grèce (Loi hypoth. du 11 (23) août 1836, art. 1 et 9). De l'application du principe de la publicité à l'hypothèque, il résulte que, dans les pays régis par les lois allemandes, tant qu'en fait l'inscription n'a pas été effectuée, la convention d'hypothèque, même constatée par un acte authentique, ne saurait donner au créancier aucun droit sur l'immeuble : elle lui permet seulement, comme le ferait une simple promesse d'hypothèque, d'actionner le débiteur à l'effet de procéder à la constitution, c'est-à-dire, pratiquement, à l'effet de faire opérer l'inscription. En un mot, le droit allemand n'exige pas seulement l'inscription pour déterminer le rang entre les créanciers : il en fait dépendre l'existence même de l'hypothèque.

tion calquée sur la législation allemande. Son art. 1er est ainsi conçu : « La constitution de droits sur un immeuble, les restrictions au droit de propriété sur un immeuble, ainsi que l'établissement de garanties sur un immeuble résultent de l'inscription desdits droits, restrictions et garanties sur le livre foncier. » (*Annaire de législ. étrangère,* 1882, pp. 685 et s., notice et traduction de M. le comte Jean Kapnist).

(1) Code hyp. prussien, loi I, art. 18 ; C. civ. autrichien, art. 440 et 451 ; C. civ. roy. Saxe, art. 387 ; C. civ. zurichois, art. 776 ; C. civ. cant. Argovie, art. 574 ; C. civ. bernois, art 486, etc. ; *Adde*: Loi hypoth. de Bavière, du 1er juin 1822, art. 9 et 10 ; C. civ. Soleure (1846-48), art. 833.

87. Le principe de la *légalité* assure aux mentions du registre sur lequel s'effectue l'inscription une force probante absolue, inattaquable. Il suffit d'être inscrit comme propriétaire, créancier hypothécaire, pour être *erga omnes*, en vertu d'une présomption *juris et de jure*, propriétaire, créancier hypothécaire ; et celui qui, *de bonne foi* (1), traite avec le propriétaire inscrit, n'a à redouter, du jour où il est lui-même inscrit, aucune résolution de son droit.

Un effet aussi énergique, contre lequel ne prévaut ni la preuve contraire, ni aucune prescription acquisitive, ne peut être attaché à l'inscription que si les déclarations des requérants sont soumises à un contrôle préalable. Aussi le fonctionnaire chargé d'opérer l'*Eintragung*, d'ordinaire un juge, *Grundbuchrichter* (2), a-t-il le droit et le devoir de véri-

(1) « Si l'inscription est annulée, porte l'art. 9 de la 1re loi prussienne de 1872, cette annulation ne nuira point aux tiers qui, sur la foi de l'inscription, auraient acquis des droits sur l'immeuble, à titre onéreux et de bonne foi » ; et l'art. 11 ajoute : « Les restrictions au droit de propriété n'ont d'effet vis-à-vis des tiers, que lorsqu'elles ont été mentionnées au livre foncier ou lorsque les tiers en ont eu connaissance. »

(2) V. notam. Code hyp. prussien, loi II, art. 20. Cf. MM. Gide, *Annuaire de Législ. étrangère*, 1873, pp. 211 et 212 ; Lehr, *op. cit.*, nos 64 et 66. — En Autriche, on s'adresse au tribunal lui-même, *Grundbuchgericht* (Loi de 1871, art. 75). Il y a lieu de remarquer cependant que, dans le droit autrichien, l'efficacité de l'inscription n'est pas aussi absolue que dans le droit allemand : elle dépend des conditions de fond nécessaires pour la transmission des droits réels. D'où cette conséquence que le droit acquis sur la foi d'une inscrip-

fier la capacité des parties et la validité des actes dont l'inscription lui est demandée. Suivant que les droits du requérant lui paraissent suffisants ou insuffisants, il accorde ou refuse l'inscription. D'où il suit que, dans ce système, l'inscription a non seulement toute la force d'un contrat, mais aussi l'autorité d'un jugement; elle est même supérieure à la sentence d'un tribunal, en ce qu'elle a une valeur qui s'impose à tous, sauf toutefois au propriétaire spolié qui peut, *sous la réserve des droits acquis à titre onéreux par les tiers de bonne foi*, faire annuler l'inscription conformément aux règles du droit civil (Cod. hyp. prussien, loi I, art. 9).

Nous sommes loin, on le voit, de notre conservateur des hypothèques, qui, simple agent de l'administration de l'enregistrement, n'a pas le droit de se faire juge de la validité des actes qu'on lui présente, et ne peut, dans aucun cas, ni en refuser ni en retarder l'inscription ou la transcription (C. civ., art. 2199); il est vrai que les mentions de son registre, loin de conférer aucun droit, ne font pas même preuve de ceux qu'elles révèlent.

88. Pour assurer le fonctionnement régulier des principes de la publicité et de la légalité, on a recours à une organisation particulière dans la tenue du registre sur lequel est faite l'inscription. Ce

tion tombe, bien qu'inscrit lui-même, avec le droit qui lui sert de base. V., sur ce point, M. Ortlieb, *Étude sur les livres fonciers en Autriche*, Bull. de la Soc. de législ. comp., 1876, p. 346.

registre, *Grundbuch*, a une base essentiellement topographique, le plan cadastral d'une circonscription déterminée, plan où chaque pièce de terre est désignée par un numéro d'ordre qui renvoie à un feuillet spécial du registre (Code hyp. prussien, loi II, art. 1, 4; Loi autrichienne de 1871, art. 2; etc...). Sur ce feuillet, tenu par des procédés fort ingénieux et différant un peu suivant les pays, la pièce de terre correspondante a un compte ouvert, auquel sont portés tous les actes qui l'intéressent, toutes les mutations qu'elle subit, tous les droits réels, actifs ou passifs, qui peuvent en augmenter ou en diminuer la valeur (1). Le nom du propriétaire n'y figure qu'en sous-ordre, et il suffit de consulter le feuillet consacré à un immeuble pour connaître de suite l'état juridique de cet immeuble, notamment les transmissions successives dont il a été l'objet et les charges réelles qui le grèvent.

Ajoutons que, dans la plupart des pays, quand il s'agit d'un domaine, c'est-à-dire d'un ensemble de biens dépendant d'une même exploitation et appar-

(1) Un simple droit de créance sur l'immeuble ne peut pas faire l'objet d'une inscription, l'*Eintragung* ne concernant que les droits réels, mais il peut faire l'objet d'une prénotation, *Vormerkung*, c'est-à-dire d'une réserve d'inscription pour l'avenir. Cette prénotation, qui n'exige pas le consentement du débiteur, est indispensable pour la conservation vis-à-vis des tiers de tout droit de créance et de tout droit éventuel ou prétendu sur un immeuble (Code hyp. prussien, loi I, art. 8, 9, 16, 22, 60 ; loi II, art. 64, 102). V., sur la prénotation en droit autrichien, M. Ortlieb, *op. et loc. cit.*, p. 356.

tenant au moment de la confection du registre à une même personne, on n'ouvre pas autant de pages spéciales qu'il y a de biens isolés : ce serait compliquer les écritures, rendre les recherches plus difficiles et diviser ce qui, au point de vue des transactions immobilières, constitue un tout indivisible, une sorte d'unité juridique, *universitas facti*. Une seule page est consacrée au domaine entier (V. notam. Code hyp. prussien, loi II, art. 6). Ce domaine vient-il à être fractionné en plusieurs parties, par suite de la division soit de l'exploitation, soit de la propriété, on clôt sa page, et l'on en ouvre autant d'autres qu'il est nécessaire pour que chaque nouvelle unité juridique ait sa page à part dans le registre. Plusieurs parcelles isolées viennent-elles, au contraire, à être réunies en un seul domaine, on concentre en un feuillet unique toutes les inscriptions relatives à ces parcelles (Cpr. MM. Gide, *op. et loc. cit.*, p. 226, note 2 ; Lehr, *op. cit.*, nº 65).

Ce n'est donc pas seulement dans son effet, mais c'est aussi dans sa forme qu'en la matière qui nous occupe, la publicité allemande diffère de la publicité française. En Allemagne, la personne s'efface en quelque sorte : ce n'est pas l'individu, c'est la propriété que l'on suit, et lorsque l'on a besoin de se renseigner exactement sur la situation juridique d'un immeuble, on s'adresse pour ainsi dire direc-

tement à l'immeuble lui-même. Chez nous, au contraire, la publicité atteint la personne : le conservateur ouvre un compte, non à chaque immeuble, mais à chaque propriétaire, de sorte que, pour connaître la série des actes transcrits et inscrits qui concernent un immeuble, il faut désigner au conservateur le nom de ses différents propriétaires. Un pareil système a l'inconvénient de multiplier outre mesure les écritures et d'embarrasser les recherches ; la publicité qu'il donne est souvent incomplète, toujours incertaine. « Il faut que préalablement, disait M. le président Bonjean dans la séance du Sénat du 6 avril 1866 (*Moniteur universel* du 7 avril 1866, p. 401), je recherche la série des propriétaires auxquels l'immeuble a successivement appartenu, en remontant aussi haut que possible, mais au moins de trente ou quarante ans dans le passé. Si j'en oublie un seul, je n'obtiendrai que des renseignements incomplets et trompeurs ; car c'est celui-là peut-être qui aura grevé l'immeuble. Si je me trompe sur les noms, les prénoms, les professions, les domiciles, si je prends le père pour le fils, l'oncle pour le neveu, ma recherche est vaine, car, trompé par une indication erronée, le conservateur ne me donnera lui-même que des renseignements inexacts. »

Néanmoins, comme c'est une question controversée de savoir si notre mode de publicité ne con-

vient pas mieux que le mode allemand dans les pays où, comme chez nous, la propriété est très-morcelée, les auteurs du nouveau Code hypothécaire prussien, tenant compte des avantages et des inconvénients différents que peut présenter, suivant les habitudes et les tendances locales, suivant le plus ou moins grand morcellement du sol, l'emploi de l'un ou de l'autre de ces procédés, ont admis, à titre exceptionnel d'ailleurs, à côté du système de l'inscription réelle, *Realfolien*, le système de l'inscription personnelle, *Personalfolien*, laissant le conservateur du registre foncier juge de celui qu'il est préférable d'appliquer dans chaque circonscription (Loi II, art. 5, 6 et s. — Cf. M. Gide, *op. et loc. cit.*, p. 238, note 4).

89. On comprendra que nous ayons quelque peu insisté sur le procédé général d'organisation des livres fonciers dans les législations germaniques, quand on saura que ce procédé entraîne, comme conséquence directe et nécessaire, la *spécialité* de l'hypothèque. En effet, chaque hypothèque devant être inscrite sur le feuillet consacré à l'immeuble qu'elle frappe, son effet se restreint à cet immeuble. Les hypothèques générales sont donc matériellement impossibles avec ce système. Il est, d'ailleurs, de règle, en droit germanique, et les lois ou règlements qui pourvoient à l'organisation des registres fonciers n'omettent jamais de le dire

expressément, que toute inscription d'une charge pesant sur la propriété doit spécifier exactement, non seulement le bien affecté, mais aussi l'étendue du droit affectant : appliqué à l'hypothèque, cette règle assure la spécialité quant à la créance (Cpr., sur ce point, M. Lehr, *op. cit.*, nº 111).

90. Tel est, dans ses grandes lignes, le système hypothécaire des législations germaniques. C'est là, il faut en convenir, un système qui, vu d'ensemble, paraît satisfaire à merveille à la première condition que réclame le crédit foncier : la sûreté. Cette condition maîtresse, on peut dire que le système allemand la réalise à tous égards, aussi bien par la connaissance exacte qu'il procure aux tiers de toutes les dettes et charges dont la propriété peut être grevée, que par la sécurité qu'il donne à ceux qui, sur la foi de l'inscription, ont acquis des droits réels immobiliers. Il n'y a, en effet, sur chaque immeuble, d'autre droits que ceux révélés par le feuillet qui le concerne, et, en cas d'inscription prise par fraude ou par erreur, les tiers de bonne foi sont couverts par le principe de la légalité. Sans doute, comme on l'a fait remarquer avec raison (1), il est excessif, au point de vue de la justice, de pré-

(1) V. notam. MM. Gérardin, *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, 1870, p. 30 ; Ortlieb, *op. et loc. cit.*, p. 346 ; Cauwès, *op. et loc. cit.*, nº 675.

férer d'une façon absolue l'inscription au droit; donner, comme en droit allemand, à celui dont le titre est publié, le droit d'aliéner ou d'hypothéquer valablement, même quand il aurait acquis *a non domino*, c'est permettre qu'un légitime propriétaire soit spolié, c'est, en un mot, consacrer un principe inique. Mais, au point de vue économique, on ne saurait certainement méconnaître les avantages considérables qu'offre le système allemand.

Nous nous bornons à cette simple observation, sans entendre d'ailleurs en inférer qu'il n'y ait pas, même au point de vue économique, pour la constitution et la transmission des droits réels immobiliers, de système de publicité préférable au système allemand, qu'à tort ou à raison M. Lehr considère comme « certainement appelé à remplacer dans un temps donné tous les systèmes plus ou moins bâtards issus des lois de la Révolution » (*op. cit.*, n° 1). Aussi bien ne nous appartient-il pas d'aborder ici cette question dont l'examen nous éloignerait outre mesure des limites de notre sujet, qui ne comporte, nous croyons nécessaire de nous le rappeler, que l'étude de la constitution de l'hypothèque conventionnelle.

91. Cependant, — et nous rentrons ainsi dans le cœur de notre sujet, en répondant à la question de savoir si la publicité doit être exigée pour

l'existence même des droits réels immobiliers (1), —si nous avions, en législation, à choisir entre le principe du système allemand et le principe du système actuellement suivi chez nous, nous n'hésiterions pas à donner la préférence à ce dernier. Il nous semble, en effet, que, même pour les actes intéressant la propriété immobilière, un formalisme à outrance est inutile et dépasse le but à atteindre.

Que veut-on en définitive? Que ceux qui ont besoin de connaître la situation juridique d'un immeuble, soit pour l'acheter, soit pour faire un placement dont il doit être la garantie, puissent savoir exactement qui est propriétaire de cet immeuble et quelles sont les charges qui le grèvent,

(1) En droit suédois, l'inscription est obligatoire. bien qu'elle ne soit pas exigée pour l'existence même des droits réels immobiliers et qu'elle n'ait d'autre objet que de les révéler aux tiers. C'est là une particularité dont, paraît-il, les jurisconsultes suédois eux-mêmes n'aperçoivent pas bien les motifs (Lois hyp. de 1875, notice et traduction de M. Dareste, *Annuaire de législ. étrangère*, 1876, p. 804). — L'Espagne, sans admettre dans son principe le système allemand, est arrivée indirectement à rendre, en fait, l'inscription indispensable et à obliger en quelque sorte les parties à y recourir, en dehors même de l'intérêt qu'elles ont à rendre leurs actes opposables aux tiers. A cet effet, la loi hypothécaire du 8 février 1861 et celle du 21 décembre 1869, qui a remanié la première et a été elle-même complétée par un réglement d'exécution du 29 octobre 1870, une instruction de 1874, une loi du 17 juillet 1877 (modif.) et un décret royal du 17 avril 1884, contiennent un ensemble de prescriptions combinées de façon à empêcher que l'on ne s'affranchisse de la formalité de l'inscription, pour peu que l'on tienne à bien administrer ses affaires (V., pour les détails, M. Lehr, *Droit civil espagnol*, nos 490 et s.).

afin qu'ils ne soient pas exposés à traiter avec un non propriétaire, ou que, traitant avec le propriétaire, ils ne se voient pas opposer des charges occultes. Pour obtenir ce résultat, qui n'intéresse que les tiers, il n'est pas besoin, ce nous semble, de répudier l'idée de notre droit selon laquelle, dans les rapports des parties entre elles, les droits réels s'acquièrent et se transmettent par le seul consentement: la règle que la publicité n'est exigée qu'à l'égard des tiers nous paraît suffisante.

Nous admettons volontiers, d'ailleurs, qu'il serait nécessaire de compléter, de réformer même notre mode de publicité, et, à cet égard, on pourrait sans aucun doute faire d'excellents emprunts aux rouages du système allemand, au mécanisme de sa publicité. C'est ainsi, par exemple, qu'il y aurait tout avantage à soumettre à la publicité tous les actes qui modifient la condition de la propriété, c'est-à-dire la plupart de ceux qui en sont aujourd'hui dispensés, l'idéal à atteindre étant qu'aucune charge grevant la propriété, aucune restriction au droit du propriétaire, tenant tant à sa personne qu'à son titre d'acquisition, ne soient opposés aux tiers qui n'ont pu en avoir connaissance. On pourrait même, malgré l'énorme quantité de registres que nécessiterait le morcellement excessif et toujours augmentant, par suite des lois successorales, du sol français, malgré les difficultés d'exécution

auxquelles on se heurterait pour réviser le cadastre et borner toutes les propriétés, ouvrir à chaque immeuble un compte spécial, sur lequel seraient consignés tous les actes juridiques l'intéressant que l'on voudrait rendre opposables aux tiers : ce procédé donnerait à l'acquéreur ou au créancier hypothécaire des renseignements exacts sur les droits réels ou autres charges pouvant grever l'immeuble, et lui permettrait en même temps de faire plus facilement toutes les vérifications nécessaires à la sauvegarde de son droit, puisqu'il n'aurait, pour connaître les propriétaires successifs de l'immeuble, qu'à suivre la filière des transmissions, telle qu'elle lui serait indiquée par le registre. N'oublions pas, au surplus, qu'il n'a pas à remonter bien haut dans le passé, puisque, à partir d'une époque relativement peu éloignée, il peut être protégé par la prescription.

Voilà, ce nous semble, des mesures qui, introduites dans notre législation hypothécaire, donneraient au crédit foncier une base beaucoup plus solide. Mais nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de faire de la transcription, et ce que nous disons de la transcription, s'applique également à l'inscription, autre chose qu'un simple mode de publicité. On ne saurait, en effet, attribuer aux mentions du registre la force d'une preuve, ne fût-ce que d'une preuve susceptible d'être détruite par la preuve

contraire, comme en droit autrichien, sans conférer en même temps au conservateur des hypothèques le pouvoir de contrôler la validité du titre dont la transcription ou l'inscription lui serait demandée. Or, sans parler des complications, des lenteurs auxquelles donnerait lieu la nécessité de vérifier le droit du requérant, les particuliers ne verraient-ils pas, dans le contrôle de l'autorité publique, s'exerçant sur la création et la transmission des droits réels immobiliers, une atteinte à l'indépendance de la propriété individuelle, une atteinte à leur liberté par conséquent? Même au regard de la loi, la propriété privée ne changerait-elle pas de nature, si toute modification de la condition juridique d'un immeuble était rendue obligatoirement publique? Est-ce qu'un principe nouveau n'apparaîtrait pas, celui de la suzeraineté de l'État? En Allemagne, en Autriche, suivant une conception qui remonte à l'origine même de la propriété individuelle, on reconnaît à l'État une sorte de domaine éminent sur les terres, on admet qu'il est intéressé aux transmissions et aux démembrements de la propriété foncière ; mais en France, où l'indépendance de la propriété individuelle par rapport à l'État est un principe absolu, admettra-t-on jamais qu'un fonctionnaire public puisse s'immiscer dans des actes absolument privés? En vain dira-t-on que, si l'on fait intervenir l'autorité pu-

blique pour constater la constitution et la cession des droits réels immobiliers, c'est non plus comme en droit féodal, dans l'intérêt dominical supérieur en même temps que dans l'intérêt fiscal d'un suzerain, mais par pure sollicitude pour le droit de propriété lui-même, afin de donner de la sécurité aux tiers et, par conséquent, du crédit aux propriétaires : l'idée de l'État suzerain, de l'État s'arrogeant un domaine éminent sur les biens des particuliers, l'emportera sur toute autre considération. Qu'on ne s'y méprenne pas, la question n'est pas de pure métaphysique, surtout à une époque comme la nôtre où l'État ne tend que trop déjà à empiéter sur les droits de l'individu.

Astreindre les parties à faire consacrer solennellement par un tribunal ou un fonctionnaire quelconque le droit qu'elles ont l'intention bien arrêtée de créer, décréter que l'acheteur ou le créancier hypothécaire n'acquerra la propriété ou l'hypothèque que si au consentement du vendeur ou du constituant vient s'ajouter une sorte de concession de l'autorité publique, ce sont là, on aurait tort de l'oublier, des exigences contraires à cette idée essentiellement spiritualiste de notre droit français, dont l'éclosion fut si lente et si pénible, de la volonté suffisant à obliger l'homme, l'obligeant parce qu'il a promis, de la volonté formant la propriété, la démembrant et la transférant, dans sa

pleine indépendance, exigences d'un autre âge, qui se comprennent dans les législations primitives, où il importe d'envelopper la naissance d'un droit dans une cérémonie destinée à la rendre sensible, qui peuvent, à la rigueur, être encore acceptées de nos jours par les peuples restés fidèles, en dépit du progrès des idées, aux principes de la féodalité, mais qui seraient mal accueillies en France, où non seulement le vieil édifice féodal est détruit depuis longtemps, mais encore où, sous l'influence des doctrines économiques favorables à la célérité des affaires et à la simplification des actes juridiques, le grand principe de la liberté des contrats prend chaque jour une extension de plus en plus considérable. Or, sans revenir sur ce qu'elle a d'attentatoire à l'indépendance de la propriété individuelle, la pratique du système allemand, et ce n'est pas là son moindre défaut, ne va pas sans entraîner des lenteurs dans la circulation des biens et des frais élevés, lenteurs et frais qui sont des maux peu sensibles dans un pays de grande propriété, comme l'Allemagne, où la constitution aristocratique tend à empêcher le sol de changer de main, mais qui seraient intolérables en France, où les mutations de la propriété foncière sont excessivement fréquentes.

92. De la législation allemande, on peut rappro-

cher le *Real property act* de sir Robert Torrens, plus connu sous le nom d'*Act Torrens* (1), qui a reçu sa première application, au cours de l'année 1858, dans l'Australie méridionale, et a été ensuite successivement adopté par le Queensland, la Nouvelle-Galles du Sud, la colonie de Victoria, la Tasmanie, l'Australie occidentale, la Nouvelle-Zélande, la Colombie britannique, les îles Fidji et l'État d'Iowa aux États-Unis.

On retrouve dans l'*Act Torrens* les principes fondamentaux du système germanique : publicité, légalité, réalité dans la tenue des registres, spécialité de l'hypothèque. Mais le système australien diffère du système germanique par la mise en pratique de ces principes ; il convient d'observer, en outre, qu'il n'est pas obligatoire (art. 16), et que chaque propriétaire demeure libre de placer son immeuble sous l'empire de l'*Act Torrens*, au moyen d'une demande en immatriculation, ou, s'il le préfère, de continuer à être régi par l'ancienne législation. On compte sur les avantages qu'il trouvera dans le nouveau système pour l'y amener.

(1) V., sur l'*Act. Torrens*, les ouvrages auxquels nous renvoyons plus haut dans la première des notes relatives au nº 50. — *Adde* : M. Yves Guyot, *Journal des Économistes*, oct. à déc. 1882 ; divers articles dans le journal *Le Globe*, du mois de juillet 1882 jusqu'à ce moment ; *Revue des Deux-Mondes*, 15 novembre 1886, Colonisation française en Tunisie, M. Paul Leroy-Beaulieu.

Sans vouloir nous arrêter aux autorités qui président à l'accomplissement des formalités prévues par l'*Act Torrens* ni aux précautions multiples qui doivent être prises par le *Registrar general* pour s'assurer que le requérant est bien propriétaire, il nous faut signaler, comme tout à fait typique, dans l'œuvre de sir Robert Torrens, la création du titre *signe représentatif de la propriété.* Chez nous, en cas de mutation immobilière, ce que l'on transcrit, ce n'est pas le titre de propriété lui-même, c'est l'acte qui la transmet. En Australie, au contraire, le *Registrar general*, qui correspond au *Grundbuchrichter* allemand bien plus qu'à notre conservateur des hypothèques, enregistre le titre lui-même. La *registration of title*, voilà la caractéristique dominante du système Torrens (1). Le titre de la propriété, avec plan à l'appui, est couché sur un folio spécial et numéroté du registre-matrice, sorte de Grand-Livre de la propriété foncière ; sur ce folio, exclusivement réservé à l'immeuble nouvellement immatriculé, se trouvent indiqués la nature du droit du propriétaire (pleine propriété, nue-propriété ou co-propriété), la désignation de l'immeuble complétée par le plan, et, au verso, les hypothèques, servitudes, baux, rentes foncières ou autres droits réels pesant sur la propriété ; on y mentionne aussi les faits qui peuvent

(1) V. notam., sur ce point, M. Worms, *op. cit.*, pp. 54 et s.

modifier la capacité du propriétaire : minorité, interdiction, mariage, etc... Un certificat du titre ou double, portant le numéro du volume et l'indication du folio, est ensuite remis au propriétaire. A partir de ce moment, le droit du propriétaire est inattaquable, fixé d'une manière absolue à l'égard des tiers, le *Registrar general* ayant été en quelque sorte le légitime contradicteur de tous les intéressés. Si l'on a immatriculé un propriétaire autre que le vrai, celui-ci aura perdu son action en revendication, et n'aura plus qu'une simple action en dommages et intérêts contre l'administration, à moins de mauvaise foi bien avérée du possesseur. Une fois l'immeuble immatriculé, il ne peut être vendu, hypothéqué ou affecté d'une charge quelconque, sans que le certificat de titre soit envoyé au *Registrar general* qui mentionne le droit concédé au folio de l'immeuble, reproduit la même mention sur le certificat, et retourne celui-ci soit au cessionnaire, soit au propriétaire, suivant qu'il s'agit d'une aliénation ou d'une constitution de droit réel. Le droit ainsi créé ou transmis a une existence certaine, absolue, opposable à tous, dès qu'il est enregistré.

Nous nous bornons à ces indications générales, attendu qu'il ne nous appartient pas d'étudier et d'apprécier le système Torrens, qui n'a qu'un rapport très-éloigné avec notre sujet. Ce qui concerne

la constitution de l'hypothèque a été exposé précédemment, dans une note sommaire placée sous le n° 68. Qu'il nous suffise d'ajouter qu'avec ce système, les tiers n'ont rien à craindre ni du passé, ni du présent, ni de l'avenir ; il leur suffit de jeter les yeux sur le certificat que leur présente le propriétaire avec lequel ils traitent pour connaître de la façon la plus exacte la condition juridique du fonds. Au point de vue de la constitution de l'hypothèque, publicité, sécurité, spécialité, simplicité, rapidité et économie, tels sont les mots qui résument tous les avantages du système Torrens.

Est-ce à dire que, même au point de vue de la constitution de l'hypothèque, la législation australienne ait atteint la perfection? De plus compétents que nous estiment que non. On lui reproche notamment de ne connaître que l'hypothèque accessoire (1), et de n'avoir pas donné au propriétaire le moyen de préparer d'avance le crédit de son immeuble, comme l'ont fait les législations brémoise et prussienne; on lui reproche aussi d'avoir alourdi la transmission des titres hypothécaires par une formalité d'inscription, ce qui détourne les particuliers des prêts hypothécaires, qu'ils remplacent par des avances sur titres de propriété foncière, procédé qui procure au prêteur toute sécurité, le

(1) « L'obligation hypothécaire confère une sûreté pour paiement d'un capital » (art. 60).

débiteur ne pouvant, sans son titre, consentir aucune aliénation, ni aucune hypothèque (M. Dain, *op. cit.*, p. 34).

Quoi qu'il en soit (1), ce qui est certain, c'est que le système Torrens prend de jour en jour une extension plus grande. Des tentatives ont été faites pour l'introduire en Angleterre et en Irlande. Elles n'ont pas donné de résultats appréciables, mais la cause en est, paraît-il, dans l'opposition systématique des hommes d'affaires, menacés dans leurs intérêts pécuniaires.

93. Bien que fort répandus l'un et l'autre, le système allemand et le système français ne se partagent pas l'Europe entière. Il y a quelques grands pays, l'Angleterre et la Turquie notamment, qui suivent des systèmes hypothécaires particuliers, n'ayant avec les premiers, pas plus qu'entre eux,

(1) C'est simplement pour l'intelligence de ce qui a trait à la constitution de l'hypothèque en droit australien que nous avons cru devoir donner quelques indications sur le système Torrens. Aussi bien n'entendons-nous porter aucun jugement pour ou contre ce système, dont nous n'avons fait qu'une étude superficielle. Qu'il nous suffise d'ajouter aux explications données au texte que, contrairement à ce qu'on pense généralement, la loi tunisienne du 1er juillet 1885 et le projet algérien de 1886 ne sont pas des imitations du système Torrens. Sans doute elles lui empruntent quelques-unes de ses dispositions, mais elles se rattachent avant tout au système essentiellement français de la publicité exigée seulement à l'égard des tiers (V. l'art. 342 de la loi tunisienne, tel qu'il a été modifié par le décret du 16 mai 1886). Cf. *Annuaire de législ. fr. pub. par la Soc. de législ. comp.*, 1886, pp. 147 et s. ; 1887, pp. 151, 195 et s., M. J. Challamel.

d'ailleurs, aucune affinité réelle ni aucune ressemblance véritable.

En Angleterre, le seul pays dont nous entendions nous occuper, on en est encore, en fait de sûretés réelles, au système primitif des *mortsgages* : sanctionné par un usage ancien et respectable, ce système qui consiste en un transfert de propriété *conveyance*, sous condition de rétrocession en cas de remboursement de la dette à l'échéance, a jusqu'à présent paru suffisant aux Anglais pour assurer chez eux le crédit réel, et nous ne pensons pas qu'ils soient disposés à l'abandonner, car la dernière loi qui le consacre ne date que de l'année 1881 (1). Il y a lieu d'observer, d'ailleurs, que la jurisprudence des Cours d'équité, en faisant prévaloir les règles d'*equity* sur celles du droit strict, a considérablement atténué les dangers que pouvait présenter la pratique des mortsgages. Ainsi, *in law*, le créancier mort-gagiste devient propriétaire de l'immeuble mort-gagé (2), il peut en disposer par testament, et, s'il meurt intestat, cet immeuble passe à ses héritiers; mais, *in equity*, l'immeuble mort-gagé n'est entre les

(1) *Conveyancing and law of property Act 1881*. — V. la traduction qu'en ont donnée MM. Barclay et Dainville, dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1882, pp. 39 et s.

(2) Le mort-gage anglais peut porter soit sur un meuble soit sur un immeuble. Au premier cas, il correspond à notre gage ; au second, à notre hypothèque.

mains du créancier qu'une simple sûreté pour le remboursement de son argent, et il reste tel en passant aux légataires ou aux héritiers, qui doivent le rétrocéder au débiteur dès que la dette est payée. De même, devant les Cours de *Common Law*, s'il n'est pas désintéressé au terme convenu, le créancier devient définitivement propriétaire de la chose mort-gagée, car la condition résolutoire de son droit de propriété fait alors défaut : il peut, en conséquence, la vendre pour se récupérer sur le prix du montant de sa créance ; cependant, les Cours d'équité accordent au débiteur, nonobstant toute convention contraire, un délai appelé *équité de rédemption*, pendant lequel il est autorisé à racheter le bien en remboursant au créancier ce qui lui est dû en principal, intérêts et frais. Ce délai, qui profite également aux héritiers ou autres ayants cause du mort-gageur, peut toujours être réclamé tant qu'il n'y a pas vingt années que le mort-gagiste est entré en possession de la chose mort-gagée. Enfin, en pratique, il est très-rare que le créancier use du droit qui lui appartient de s'installer sur l'immeuble mort-gagé.

La législation anglaise, qui est loin d'avoir atteint la perfection au point de vue hypothécaire (1), n'impose pas la spécialité. Mais, en fait,

(1) La clandestinité de l'hypothèque est un des vices les plus grands du système hypothécaire anglais.

par cela même qu'il procède d'une aliénation, le mort-gage est nécessairement spécial quant aux biens : il ne peut être général que sous le rapport de la créance (1).

(1) V., sur tous ces points et pour plus de détails, MM. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. VI, § 297, pp. 385 et s. ; Lehr, *Droit civil anglais*, nos 509 à 511 ; Payen, *Etude sur la propriété immobilière en Angleterre*, Bull. de la Soc. de législ. comp., 1878, pp. 263 et s.

DEUXIÈME PARTIE

DES CONDITIONS REQUISES DANS LA PERSONNE DU CONSTITUANT

---

94. L'hypothèque conventionnelle est généralement constituée par le débiteur lui-même, pour assurer l'acquittement de sa propre dette. Rien ne s'oppose cependant à ce qu'elle soit consentie par un tiers, pour la garantie d'une dette dont il n'est pas tenu personnellement. « *Dare autem quis hypothecam potest, sive pro sua obligatione, sive pro aliena* », disait Marcien (Loi 5, p. 2, D., *De pign. et hyp.*, XX, 1). Dans notre Code civil, l'article 2077 le dit formellement du gage, et l'article 1020 prévoit incidemment qu'une chose a pu être hypothéquée pour la dette d'autrui. C'est ce qu'on appelle un cautionnement réel ; la personne qui l'a fourni est dite caution réelle : caution, parce qu'elle rend au débiteur le même service qu'une caution ordinaire ; réelle, parce qu'elle oblige son

bien au lieu de s'obliger personnellement (1). Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, qu'il ne se forme pas, par l'effet d'un cautionnement réel, un lien personnel entre la caution réelle et le créancier : la constitution de l'hypothèque n'est jamais, en effet, que l'exécution d'un engagement exprès ou tacite pris par le constituant envers le créancier. La caution réelle, en limitant son bon office à une hypothèque, ne s'est pas, il est vrai, obligée personnellement au paiement de la dette, mais elle est au moins tenue de respecter le contrat qui s'est formé entre elle et le créancier, de ne rien faire qui puisse compromettre la sûreté qu'elle a entendu fournir. C'est là une idée fertile en conséquences intéressantes, sur laquelle nous aurons plusieurs fois l'occasion de revenir dans le cours de ce travail.

95. Qu'elle émane du débiteur lui-même ou d'une caution réelle, l'hypothèque conventionnelle ne

(1) Cette situation n'a rien d'insolite ; elle se présente toutes les fois que le débiteur aliène l'immeuble qu'il a hypothéqué : l'acquéreur est tenu hypothécairement sans être obligé personnellement. Seulement, au fond, il y a, entre le cas du tiers acquéreur et celui de la caution réelle, quelques distinctions à faire, en raison de la nature différente du lien qui les unit au créancier. C'est ainsi qu'à la différence du tiers acquéreur, la caution réelle ne jouit pas de la faculté de purger ; de même, on décide généralement que le tiers acquéreur ne peut pas invoquer le bénéfice de l'art 2037 du Code civil, tandis qu'on admet sans difficulté le contraire pour la caution réelle, etc.. Cf. MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, note 1 ; § 287, texte nº 6.

peut être consentie, aux termes de l'article 2124, que par celui qui a la capacité d'aliéner l'immeuble qu'il y soumet. Cela tient à cette idée que l'hypothèque, tendant par essence à procurer éventuellement au créancier le paiement de sa créance sur le prix de l'immeuble, contient en germe une aliénation.

De là découlent deux principes généraux qui sont les suivants :

1° Le constituant doit avoir dans son patrimoine l'immeuble qu'il entend grever d'hypothèque : être propriétaire, s'il s'agit d'hypothéquer un immeuble corporel, usufruitier, si l'hypothèque doit porter sur un usufruit (1), etc..... La première condition, en effet, pour qu'une personne puisse aliéner un bien, c'est que ce bien fasse partie de son patrimoine : *nemo dat quod non habet.*

2° La capacité à l'effet de consentir l'hypothèque se mesure, non pas sur la capacité de s'obliger,

(1) En raison de son extrême importance, la constitution d'hypothèque sur des biens corporels fera seule l'objet des explications qui vont suivre ; mais ce que nous en dirons s'applique également, par identité de motifs, à l'hypothèque constituée sur des droits réels immobiliers ou sur des actions immobilisées. Rappelons, à ce propos, qu'en dehors des immeubles corporels, sont seuls susceptibles d'hypothèque, parmi les immeubles incorporels : l'usufruit (art. 2118), l'emphytéose, si l'on admet le système de la jurisprudence (V. notam. Civ., cass., 26 avril 1853, *Sir.*, 53, 1, 445), et les actions de la Banque de France (Déc. du 16 janvier 1808, art. 7). Les meubles, à l'exception des navires (Lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885), ne peuvent pas être hypothéqués.

mais sur la capacité proprement dite de disposer par voie d'aliénation de l'immeuble soumis à l'hypothèque.

Ce sont là les deux points que nous devons étudier successivement pour déterminer d'une manière exacte les conditions requises dans la personne du constituant. Chacun d'eux sera développé dans un chapitre spécial.

CHAPITRE PREMIER

CONSÉQUENCES DU PRINCIPE QUE LE CONSTITUANT DOIT ÊTRE PROPRIÉTAIRE.

I. — De l'hypothèque de la chose d'autrui.

96. La première conséquence qui se déduit logiquement de notre principe, c'est la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui. La loi ne la prononce pas d'une manière expresse, par la raison bien simple que, lorsqu'il s'agit d'hypothèquer, il s'agit d'un acte qui doit par lui-même créer un droit réel, qui n'a de valeur qu'autant qu'il le crée. Point n'était besoin de nous dire qu'une personne ne peut pas conférer un droit réel sur un immeuble qui ne lui appartient pas : cela ressort de la nature même des choses.

97. Est-ce à dire qu'une convention d'hypothèque portant sur la chose d'autrui doive rester absolument dénuée de tout effet juridique? Nous ne le croyons pas. Une pareille convention réunit, en réalité, toutes les conditions nécessaires à la validité des conventions en général. Elle n'a pas, il est vrai, pour effet immédiat et direct d'engendrer un droit réel; mais on ne saurait cependant, ainsi que nous allons essayer de le démontrer, la considérer comme une convention inexistante, nulle de nullité radicale et absolue, impuissante à produire au moins une obligation à la charge du constituant.

De deux choses l'une, en effet: ou les parties ont su que l'immeuble appartenait à autrui, ou bien elles l'ont ignoré. Dans le premier cas, on ne peut pas supposer sérieusement, à moins de les considérer comme insensées, qu'elles aient voulu faire l'impossible, c'est-à-dire conclure un contrat donnant immédiatement naissance au droit réel d'hypothèque; il faut admettre qu'elles ont entendu qu'il s'agissait simplement d'une promesse d'hypothèque, si l'on ne veut pas leur prêter gratuitement l'intention de faire un acte nul, contrairement à cette règle d'interprétation: « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle n'en pourrait produire aucun » (art. 1157). La commune volonté

des contractants a été vraisemblablement que le constituant s'engageât seulement à conférer hypothèque sur l'immeuble, en vertu d'arrangements pris ou à prendre avec le véritable propriétaire. Il y a là la promesse d'un fait qui n'a rien de contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, et dont l'exécution ne saurait nuire au droit du propriétaire, puisqu'elle ne peut pas avoir lieu sans son consentement. Si ce dernier fait défaut, l'hypothèque ne prendra pas naissance, c'est incontestable, mais le créancier pourra réclamer une indemnité au constituant. En résumé, l'opération vaut, non comme acte constitutif, mais comme simple promesse d'hypothèque, produisant seulement une obligation de faire, qui se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution (art. 1142).

Dans la seconde hypothèse, celle où les parties ont cru faussement que l'immeuble appartenait au constituant, il semble plus difficile de soutenir que la convention, impuissante à engendrer l'hypothèque, doive au moins faire naître une obligation à la charge du constituant. En pareil cas, en effet, on ne peut plus raisonnablement admettre que la commune intention des contractants a été que le constituant s'obligeât simplement à conférer hypothèque sur l'immeuble après arrangements pris avec le propriétaire. Force est de reconnaître que les parties ont entendu conclure un contrat pro-

duisant directement le droit réel d'hypothèque : il est, dès lors, apparemment impossible d'échapper à une nullité absolue de ce contrat, fondée sur le défaut d'objet. — Cette objection n'est pas décisive. L'opération est, nous le reconnaissons, nulle comme acte constitutif d'hypothèque, elle ne contient pas non plus, si l'on veut, au sens propre du mot, la promesse d'hypothéquer l'immeuble, mais elle ne devient pas pour cela un pur fait, dénué de tout effet civil : elle reste valable, selon nous, comme contrat innommé engendrant à la charge du constituant une obligation dont nous allons déterminer la nature et la portée, et qui se ramène en dernière analyse à la nécessité de dédommager le créancier.

M. Colmet de Santerre, qui reconnaît également le droit du créancier à une indemnité, le fait reposer sur l'article 1382 du Code civil, dans une faute commise par le constituant (*op. cit.*, t. IX, n° 92 *bis* V). Nous allons plus loin, et nous croyons qu'il a sa source dans le contrat et qu'il existe aussi bien quand le constituant a agi de bonne foi que lorsqu'il a agi de mauvaise foi. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que, dans notre droit, la constitution d'hypothèque n'est jamais une opération indépendante ; elle se rattache toujours, par un lien nécessaire, à une autre opération, avec laquelle elle forme une sorte de tout juridique. On ne saurait

donc, pour en faire une appréciation exacte, la considérer isolément, en ne tenant aucun compte de l'opération qui lui est connexe. Or, cette opération, d'ordinaire un prêt d'argent, implique généralement l'idée d'un crédit accordé, d'un terme consenti ou prolongé pour le paiement d'une dette, de sorte qu'envisagée sous cet aspect, la constitution d'hypothèque nous apparaît comme le corrélatif d'un avantage concédé au débiteur par le créancier. Ceci posé, il est clair que l'accord intervenu entre le créancier et le constituant suppose, de la part de ce dernier, un engagement de fournir une sûreté hypothécaire valable ; c'est évidemment en considération et probablement sous la condition de cette sûreté que le créancier a eu confiance dans le débiteur, qu'il lui a accordé du temps pour se libérer. S'il se trouve donc que l'hypothèque promise n'a pas été valablement donnée, parce que le constituant n'était pas propriétaire de l'immeuble, c'est seulement l'hypothèque qui n'est pas valable, mais l'engagement de fournir une sûreté au créancier n'en subsiste pas moins plein et entier à la charge du constituant, et celui-ci doit le remplir, sinon en donnant au créancier une autre hypothèque valable, au moins en lui procurant l'équivalent de la sûreté absente sous forme d'indemnité (1).

(1) A notre sens, la disposition de l'article 2131 ne se comprendrait pas, si la loi n'admettait pas que le contrat d'hypothèque engendre, à la charge du constituant une sorte d'obligation de garantie.

Spécialement, dans le cas habituel d'une constitution faite par le débiteur lui-même, pour sûreté, par exemple, d'un prêt, cette obligation d'indemniser le créancier se traduira le plus souvent en la nécessité de rembourser immédiatement la somme d'argent prêtée, parce que le terme accordé au débiteur se trouve n'avoir plus de cause, et que, dès lors, il serait contraire, non seulement à l'équité, mais aussi à l'intention probable des parties contractantes, que ce débiteur pût retenir les deniers alors qu'il ne remplit pas les conditions sous lesquelles ils lui ont été prêtés. A ce point de vue, en effet, le fait par le débiteur de ne pas donner en réalité la sûreté qu'il paraissait fournir, et sur laquelle le créancier avait droit de compter, doit être assimilé à la diminution des sûretés réellement données et entraîner par suite la déchéance du bénéfice du terme, établie par l'article 1188. Les raisons de décider sont absolument les mêmes dans les deux cas, puisque la confiance du créancier est également trompée et le contrat inexécuté.

Envisagée sous un autre aspect, l'obligation que nous venons de constater à la charge du constituant se présente à nous sous la forme d'une obligation de ne pas troubler le créancier hypothécaire dans son droit, car, précisément parce qu'il doit l'indemniser, il est tenu de s'abstenir de tout acte

qui tendrait à l'évincer. *Qui doit garantir ne peut évincer.*

98. Cette obligation de garantie, qui est au fond de toute constitution d'hypothèque, qu'elle émane du débiteur ou d'un tiers, nous conduit à décider que le constituant ne peut pas se prévaloir de la nullité de l'hypothèque qu'il a consentie sur la chose d'autrui.

Pour soutenir le contraire, on objecte que l'hypothèque a été constituée contre les prescriptions formelles de l'article 2129, qui exige, à peine de nullité, que l'acte constitutif indique spécialement « la nature et la situation de chacun des immeubles *actuellement appartenant au débiteur*, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance ». Il y a là, prétend-on, un vice radical, résultant de l'absence d'une condition de fond requise expressément par la loi. « La propriété de l'immeuble dans la personne du constituant, disent MM. Aubry et Rau (*op. cit.*, t. III, § 266, note 4), n'est pas une simple condition de *capacité personnelle*, mais une condition de *la possibilité légale* de l'affectation hypothécaire en soi. A défaut de cette condition, la constitution d'hypothèque manquant, en quelque sorte, de matière ou d'assiette, se trouve entachée d'un vice réel et substantiel. » D'où l'on conclut que l'acte est inexistant, et que cette inexistence peut être invoquée par le débiteur lui-

même, puisqu'il est de principe que toute personne peut repousser un acte qui n'existe pas (En ce sens, MM. Pont, *op. cit.*, n° 630 ; Laurent, *op. cit.*, t. XXX, n° 470). D'accord avec M. Colmet de Santerre (*op. et loc. cit*, n° 92 *bis* IV), nous pensons qu'on fait dire à l'article 2129 bien plus qu'il ne dit en réalité. Il ne faut pas chercher la solution de la question de l'hypothèque de la chose d'autrui dans un texte où le législateur n'a entendu régler qu'une question de forme, la spécialité de l'hypothèque. C'est, selon nous, avec juste raison que Merlin a écrit, à propos de l'article 2129, « que les termes, *appartenant actuellement au débiteur*, ne sont pas placés dans cet article, comme établissant une condition expresse de la validité de la stipulation d'hypothèque ; que cet article ne présente comme condition expresse de cette validité que la déclaration spéciale dans un acte authentique de la nature et de la situation des immeubles que l'on veut hypothéquer ; qu'il suppose bien que ces immeubles appartiennent au débiteur, et que c'est ce qu'il fait entendre par ces mots *appartenant actuellement* ; mais, que supposer n'est pas disposer » (*Questions de droit*, v° Hypothèque, § IV *bis*, VI). En un mot, dans l'article 2129, le législateur s'est placé dans l'hypothèse ordinaire, sans entendre en aucune façon exclure les autres hypothèses.

Mais, dit-on, ce qui prouve bien que la loi a

voulu défendre l'hypothèque de la chose d'autrui, c'est qu'elle a interdit expressément, dans la disposition finale du même article 2129, l'hypothèque des biens à venir. Or, qu'est-ce qu'un bien à venir, sinon un bien qui n'appartient pas actuellement au constituant? Cette objection n'est pas, selon nous, plus décisive que la première, ainsi que nous nous proposons de le démontrer sous le numéro suivant. En attendant, nous écartons sans hésitation tout argument tiré de ce que l'hypothèque aurait été consentie contre les prescriptions formelles de la loi. A notre sens, nous le répétons, si l'hypothèque de la chose d'autrui n'est pas valable, c'est simplement parce que le consentement émané *a non domino* ne peut pas avoir d'action sur cette chose : il n'y a pas ici, à proprement parler, nullité du contrat d'hypothèque, il y a plutôt non efficacité, et c'est dans ce dernier sens que nous entendons le mot nullité quand nous l'appliquons *brevitatis causa* à la stipulation d'hypothèque portant sur la chose d'autrui; mais, de ce que la constitution hypothécaire est inopérante, il ne résulte nullement qu'une convention valable ne se soit pas formée entre les parties, convention donnant naissance, comme nous l'avons vu, à une obligation de garantie *sui generis* à la charge du constituant, qui est, dès lors, mal fondé à se prévaloir contre le créancier de la non validité de l'hypothèque qu'il lui a lui-même consentie.

99. Dans les termes où nous venons de la poser, la question de savoir si le constituant peut invoquer la nullité de l'hypothèque n'est guère que de théorie. En effet, le créancier ne s'avisera jamais de lui opposer la validité d'une constitution hypothécaire qui doit, quoi qu'il arrive, rester non avenue au regard du véritable propriétaire : il lui demandera une autre hypothèque, ou bien il agira en remboursement. La question ne devient quelque peu pratique que dans le cas où le constituant, après avoir hypothéqué l'immeuble d'autrui, en acquiert plus tard la propriété, soit comme héritierdu propriétaire, soit à tout autre titre. On se demande alors si cet événement, qui concentre en sa personne la double qualité de constituant et de propriétaire, ne le rend pas recevable à se prévaloir de la nullité de la constitution qu'il a faite sans droit, ou, ce qui revient au même, si l'hypothèque se trouve validée *ex postfacto,* au moins à l'encontre du constituant. Pour nous, qui pensons que toute convention d'hypothèque, qu'elle émaneou non du véritable propriétaire, implique à la charge du constituant une obligation de garantie, la question ne fait aucune difficulté, *a fortiori*de ce que nous avons admis pour le constituant qui n'est même pas devenu propriétaire. Seulement, et c'est là ce qui est intéressant dans le cas présent, comme le constituant est devenu proprié-

taire, l'obligation de garantie dont il est tenu aura pour résultat de rendre efficace, au moins entre le créancier et lui, la constitution de l'hypothèque ; nous verrons bientôt s'il en est de même dans les rapports du créancier avec les tiers intéressés.

Cette manière de voir, nous nous empressons de le reconnaître, n'est pas celle de la majorité des auteurs et de la jurisprudence. Le grand argument qu'on nous oppose, c'est la disposition finale de l'article 2129. Notre législation, dit-on, n'admet pas l'hypothèque des biens à venir ; or, valider l'hypothèque de la chose d'autrui, quand le constituant en devient propriétaire, c'est tenir pour valable une hypothèque qui a été consentie sur un bien à venir, c'est, par conséquent, aller contre une prohibition expresse de la loi (1).

A cela nous répondons qu'il faut savoir ce que l'on veut dire quand on parle de la prohibition de l'hypothèque des biens à venir. Nous admettons très-bien que le constituant n'aurait pas le droit de conférer, sur les biens qui pourront lui appartenir par la suite, une hypothèque affectant tous ces

(1) MM. Pont, *op. cit.*, nos 627-630 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, no 471 ; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 261, texte et note 4 ; Martou, *op. cit.*, t. III, no 1002. — Bordeaux, 24 janvier 1833, *Dall.*, 32, 2, 153 ; Dijon, 25 avril 1855, *Dall.*, 55, 2, 218. — Nous verrons plus loin cependant que la jurisprudence admet la validité originelle et définitive de l'hypothèque de la chose d'autrui, quand elle est consentie par un héritier apparent au profit d'un tiers de bonne foi. (V. *infrà*, no 126).

biens en bloc, d'une manière générale ; nous admettons également qu'il ne pourrait pas hypothéquer un ou plusieurs immeubles indéterminés qu'il se propose d'acquérir plus tard. En effet, dans ces deux cas, il serait impossible d'indiquer, dans l'acte constitutif de l'hypothèque, la nature et la situation du bien ou de chacun des biens affectés, et le principe de la spécialité serait violé. Mais il en serait tout autrement, selon nous, s'il s'agissait d'une hypothèque constituée sur un bien d'autrui individuellement déterminé (1). Ainsi nous n'hésitons pas à regarder comme certain que l'on peut hypothéquer tel immeuble dont on projette l'acquisition, sous la condition que l'on en deviendra propriétaire, car dans cette hypothèse, il y a désignation précise de l'immeuble sur lequel s'asseoira l'hypothèque, si la condition *si res debitoris facta fuerit* vient à se réaliser (V. *infrà*, n° 104). C'est qu'en effet, à notre sens, la prohibition de l'hypothèque des biens à venir se rattache d'une façon étroite au principe de la spécialité : si le législateur a défendu l'hypothèque des biens à venir, permise dans l'ancien droit, c'est parce qu'il voulait étouffer le

(1) Nous exceptons le cas où l'hypothèque serait consentie sur un bien dépendant d'une succession non encore ouverte, car alors il y aurait nullité absolue de l'opération, par application de l'article 1130 du Code civil, aux termes duquel on ne peut faire aucune stipulation sur une succession future. Cf. Dijon, 25 avril 1855, précité.

principe de la généralité de l'hypothèque conventionnelle et faire triompher le principe opposé, celui de la spécialité. Au but poursuivi doit se limiter la réforme opérée. Notre idée se trouve, d'ailleurs, confirmée par ce fait que la prohibition de l'hypothèque des biens à venir est écrite dans l'article même qui exige et règle la spécialité quant aux biens (art. 2129) ; le deuxième alinéa de l'article nous apparaît ainsi comme le complément, comme la conséquence logique du premier. On nous objecte que l'article 2130 indique, d'une manière limitative, les conditions sous lesquelles il est exceptionnellement permis d'hypothéquer des immeubles dont on n'est pas encore propriétaire, et l'on en conclut qu'en dehors de ces conditions, une pareille hypothèque ne saurait être valable (MM. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, note 5 *in fine*). Fort bien, mais il suffit de lire l'article 2130 pour voir qu'il y est question d'un cas exceptionnel où il est permis d'hypothéquer des biens à venir envisagés collectivement, des biens qui ne sont pas nommément déterminés *dans l'acte constitutif*. Cette exception, loin d'ébranler notre système, lui donne une force nouvelle, car elle montre que la règle à laquelle elle déroge n'a trait qu'à l'hypothèque *in globo*, en masse, des biens à venir du constituant. Si, en effet, l'exception laisse en dehors d'elle le cas où il y a désignation précise de

l'immeuble futur dans l'acte constitutif, c'est, à n'en pas douter, parce que la règle est étrangère à ce cas.

Ce point admis, il nous est maintenant facile de justifier notre solution. Quand le constituant a voulu conférer une hypothèque sur un bien déterminé qui ne lui appartenait pas encore, il n'a nullement violé la loi dans ses dispositions fondamentales ; seulement, nous le répétons, la convention qu'il a faite avec le créancier n'a pu produire d'effets parce qu'elle aurait nui aux droits du véritable propriétaire. Mais si cet obstacle disparaît, si le constituant devient lui-même le propriétaire de l'immeuble, nous ne voyons plus de bonne raison pour décider que la convention continuera à être dénuée d'effets (Cf. M. Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*, n° 92 *bis* IV). Au contraire, autoriser le constituant devenu propriétaire à se prévaloir de la nullité de l'hypothèque sur laquelle, sur sa promesse, le créancier a pu légitimement compter, ce serait méconnaître l'obligation qui lui incombe de respecter la convention qu'il a formée avec le créancier, ce serait lui permettre de violer la loi du contrat et donner une prime à la mauvaise foi.

Cet argument, tiré de l'obligation de garantie qui lie le constituant, nous semble absolument décisif. Aussi ne dirons-nous pas, pour justifier notre solution, que celui qui a consenti l'hypothèque ne

peut pas en invoquer la nullité parce qu'il n'est pas permis d'alléguer sa propre turpitude pour réclamer un droit (1); car, à s'en tenir à cette raison, il faudrait décider que seul le constituant de mauvaise foi ne sera pas admis à exciper de la nullité de la constitution hypothécaire. Or, nous ne faisons aucune distinction entre le constituant qui a agi de bonne foi et celui qui a agi de mauvaise foi, attendu que le premier est tenu de l'obligation de garantie aussi bien que le second. Si nous avons dit plus haut qu'il y aurait mauvaise foi de la part du constituant à invoquer la nullité de l'hypothèque, c'est en nous plaçant, non pas à l'époque de la convention, mais au moment où il est devenu le propriétaire de l'immeuble.

Notre solution serait évidemment la même dans l'hypothèse où celui auquel appartient l'immeuble viendrait à succéder à titre universel au constituant. En effet, l'obligation de garantie incombant à celui-ci est transmise, avec les autres, au successeur universel et l'empêche d'opposer au créancier la nullité de l'hypothèque conférée par son auteur. Pas n'est besoin d'insister sur ce point.

(1) C'est la raison donnée par les autorités suivantes: Troplong, *Des priv. et hyp.*, t. II, nos 521 et s.; Merlin, *Questions de droit*, vo Hypothèque, § IV *bis*. — Bordeaux, 21 décembre 1832, *Sir.*, 33, 2, 205; Metz, 20 avril 1836, *Sir.*, 38, 2, 167; Bruxelles, 10 août 1840, *Pasic. belge*, 41, 2, 158; Nancy, 30 mai 1843, *Sir.*, 43, 2, 547; Neufchâteau, 19 mars 1874, *Pasic. belge*, 75, 3, 139.

100. Si nous avons cru devoir nous appesantir un peu longuement sur la question de savoir si le constituant, devenu propriétaire de l'immeuble qu'il avait antérieurement hypothéqué, est admis à invoquer la nullité de cette constitution, c'est parce que nous combattions le système qui prévaut en doctrine et en jurisprudence. Mais nous n'ignorons pas que, restreinte entre le créancier et le constituant, cette question, bien qu'intéressante en théorie, n'est pas de nature à se présenter fréquemment dans la pratique. Qu'importe, après tout, au créancier que le constituant lui oppose ou non la nullité de l'hypothèque, puisqu'il a le droit d'exiger, à défaut d'une constitution régulière, le remboursement immédiat de sa créance? Il faut supposer, pour faire naître l'intérêt du créancier, que le constituant excipe de la nullité de l'hypothèque à une époque où ses biens libres ne sont plus suffisants pour assurer le paiement intégral de la créance garantie ; mais alors la question ne s'agiterait plus entre le constituant et le créancier, mais entre celui-ci et ceux auxquels des droits auraient été conférés sur l'immeuble. Quant au constituant, il lui est, en principe, indifférent que le créancier le poursuive en qualité de créancier hypothécaire ou en qualité de créancier chirographaire. Suivant la juste remarque de MM. Aubry et Rau (*op. et loc. cit.*, note 10), la question n'aurait quelque

importance qu'au regard des héritiers du débiteur, et pour l'application des articles 873 et 1221-1° du Code civil.

Où la question devient vraiment pratique, c'est quand la nullité est proposée par les tiers auxquels des droits ont été conférés sur l'immeuble hypothéqué, car un conflit est alors possible entre leur intérêt et celui du créancier.

Nous laissons de côté ceux qui tiennent leurs droits du propriétaire originaire de l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant à la loi, avant que l'immeuble fût devenu *erga omnes* la propriété de celui qui l'avait hypothéqué alors qu'il n'en était pas encore propriétaire : à leur égard, en effet, comme à l'égard du propriétaire originaire lui-même, la constitution hypothécaire reste inexistante et non avenue.

La question ne se pose que pour ceux qui tiennent leurs droits du constituant, pour ceux auxquels il a vendu ou hypothéqué l'immeuble, depuis qu'il en est devenu propriétaire. — Ici encore nous ne croyons pas devoir admettre le système qui réunit la majorité des suffrages dans la doctrine et dans la jurisprudence. Pour nous, les tiers ne peuvent pas plus que le constituant prétendre que l'hypothèque ne leur est pas opposable. Nous nous appuyons, pour le décider ainsi, sur la règle : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse*

habet. Comme on ne transmet que les droits qu'on a et tels qu'on les a, les ayants cause à titre particulier sont obligés de subir les conséquences de tous les faits juridiques émanés de leur auteur avant qu'ils n'aient contracté avec lui, et qui viennent restreindre le droit à eux transmis. Il est bien vrai qu'au moment où elle est intervenue, la première constitution hypothécaire, faite *a non domino*, n'a pas pu produire d'effets, parce que la volonté du constituant n'avait pas alors d'action sur la chose ; mais, du jour où celui-ci est devenu propriétaire, il a, suivant le système que nous avons admis, rendu efficace l'hypothèque qui n'était jusque-là que virtuelle, et, par là même, il s'est mis dans l'impossibilité de porter atteinte, par des actes postérieurs, à un droit dont il s'était précédemment dépouillé et qui s'est trouvé validé par l'acquisition. Il en résulte que, si le tiers est un acheteur, l'immeuble vendu n'est entré dans son patrimoine que grevé de l'hypothèque ; si c'est un créancier hypothécaire, son hypothèque n'a pas pu primer une hypothèque qui existait déjà sur l'immeuble au moment où il l'a reçue ; le tout sauf la question d'inscription.

Au surplus, les tiers n'ont pas le droit de se plaindre et de prétendre qu'ils n'ont pas été prévenus, car l'inscription a dû leur faire connaître l'existence de l'hypothèque dont l'immeuble était

grevé du chef de leur auteur. Et qu'on ne vienne pas dire, avec M. Martou *(op. et loc. cit.)*, que l'inscription leur a seulement appris que l'hypothèque n'avait pu valablement être constituée sur l'immeuble qui était à autrui, qu'elle était atteinte d'un vice congénital et que, par conséquent, ils pouvaient, en toute sécurité, traiter avec le constituant devenu propriétaire ; car, en admettant qu'un doute sur la validité de la première hypothèque ait pu se produire dans l'esprit des tiers, l'inscription ne leur a évidemment appris qu'une seule chose, à savoir que la validité de l'hypothèque était douteuse ; or, leur intérêt était trop engagé dans la solution de cette question délicate pour qu'ils se soient permis de la trancher d'eux-mêmes, sans s'en expliquer au préalable avec leur cocontractant. C'est donc en parfaite connaissance de cause qu'ils ont traité avec lui, et ils ne sauraient légitimement prétendre qu'ils ont été induits en erreur.

La raison que nous donnons de notre solution nous permet d'écarter, comme portant à faux, la grosse objection qu'on fait d'ordinaire à notre système. S'il est vrai, dit-on, que l'acquéreur et le créancier hypothécaire sont les ayants cause de leur auteur, en tant qu'ils défendent leur position contre des prétentions qui s'attaquent au titre de celui-ci, il n'est pas moins certain qu'ils sont des

tiers et peuvent agir comme tels, quand ils opposent la nullité d'une hypothèque constituée par ce même auteur, même antérieurement à la naissance de leurs droits. C'est qu'en effet, ajoute-t-on, « les conditions et formalités nécessaires à la validité et à l'efficacité des hypothèques étant prescrites, non dans le seul intérêt du débiteur lui-même, mais encore et surtout dans l'intérêt des tiers avec lesquels il pourra ultérieurement traiter, on ne comprendrait pas que ceux-ci fussent nonr ecevables à proposer tel ou tel moyen de nullité par cela seul qu'il ne serait pas autorisé à le faire lui-même » (1). Nous nous inclinerions devant la force de cette objection, si nous pensions qu'il s'agit ici d'un acte vicié en droit, d'un acte manquant d'une des conditions exigées par la loi à peine de nullité ; ainsi, nous admettons sans difficulté que, malgré leur qualité d'ayants cause, les tiers peuvent exciper, à propos d'une hypothèque consentie par leur auteur antérieurement à leurs droits, d'un moyen tiré du défaut de spécialité ou d'authenticité, car ils s'appuient alors sur la loi, sur les prohibitions qu'elle a faites et les nullités qu'elle a prononcées. Mais nous avons déjà dit et démontré que, selon nous, du jour où la double

(1) MM. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, note 8. — Voir l'expression de la même idée dans un arrêt de la Cour de Nancy, du 30 mai 1843, déjà cité.

qualité de constituant et de propriétaire se trouve concentrée dans la personne de celui qui a conféré une hypothèque sur la chose d'autrui, cette hypothèque devient pleinement valable. Donc, quand les tiers ont traité avec le constituant devenu propriétaire, l'hypothèque grevait l'immeuble du même poids que si elle eût été consentie par le propriétaire lui-même. Comment pourraient-ils, dès lors, opposer une nullité qui n'existe pas, qui n'a jamais existé à leur endroit (1) ?

101. Les solutions que nous venons de dégager, à propos de l'hypothèque constituée purement et simplement sur la chose d'autrui, vont nous aider à résoudre deux questions très-discutées.

— La première, de nature à se présenter assez fréquemment en pratique, est celle de savoir si une personne peut hypothéquer un immeuble qui ne lui appartient pas en se portant fort pour le véritable propriétaire.

En droit, il est certain qu'on peut très-bien s'engager à obtenir la ratification du tiers dont on a promis le fait, à rapporter sa signature, comme on le dit en style de palais : c'est là, en effet, un engagement qui oblige le promettant, n'a rien de

(1) V., en notre sens, Troplong, *op. et loc. cit.*, nos 522 à 524 *ter* ; Merlin, *op. et loc. cit.* — Metz, 20 avril 1836, *loc. cit.* — En sens contraire, M. Pont et les autorités citées sous le no 99. *Adde* : Cour sup. de Bruxelles, 11 juin 1817, *Sir.*, 21, 2, 223.

contraire aux lois et aux bonnes mœurs, et remplit, par conséquent, les conditions requises pour faire l'objet d'une convention valable (art. 1120). Il est non moins certain que, s'il ratifie l'engagement pris en son nom par le porte-fort, le tiers est réputé avoir été dûment représenté par lui au jour de cet engagement, car il est de principe que la ratification équivaut au mandat : « *Ratihabitio mandato comparatur* » (Ulpien, loi 12, p. 4, D., *De sol. et lib.*, XLVI, 3). Cela ne fait aucun doute, au moins dans les rapports des parties entre elles, c'est-à-dire dans les rapports du gérant et du maître de l'affaire gérée (1). L'effet ainsi produit est ce qu'on appelle la rétroactivité de la ratification. Cette rétroactivité doit être admise également, cela va de soi, à l'égard du créancier qui a conclu le contrat avec le porte-fort, car ce contrat est parfait et irrévocable pour ceux qui y sont intervenus : « le tiers contractant, dit M. Labbé, est lié sous la condition de la ratification et ne recouvrera sa liberté que par la défaillance de cette condition » (*De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n° 50).

La question de la rétroactivité de la ratification

(1) MM. Demolombe, *op. cit.*, t. XXIV, n° 230 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 343 *ter*, p. 308, texte et note 11 : Laurent, *op. cit.*, t. XV, nos 549 et 550. — V. toutefois les observations de M. Laurent, *op. cit.* t. XXVIII, nos 74 et 75 ; t. XXX, n° 450.

des actes d'un porte-fort ne devient vraiment délicate que lorsqu'il s'agit de l'appliquer aux tiers qui ont acquis des droits antérieurs à la ratification et qui les ont régulièrement conservés. Nous y reviendrons plus loin. Pour le moment, afin d'éviter de compliquer la difficulté, demandons-nous simplement si les règles que nous venons de poser comme incontestables en thèse générale, doivent être admises dans le cas spécial d'une hypothèque constituée par un porte-fort et ratifiée par le véritable propriétaire. Nous n'y voyons, quant à nous, aucun empêchement, réserve faite de la question de forme, que nous examinerons plus loin, en étudiant les conditions de forme nécessaires à la validité de l'acte constitutif de l'hypothèque. — Est-il besoin de dire qu'ici encore on nous objecte qu'aux termes de l'article 2129, l'hypothèque ne peut être constituée que par le consentement du propriétaire de l'immeuble hypothéqué, et que c'est au moment même de la convention d'hypothèque que le constituant doit être propriétaire de cet immeuble ? La ratification, ajoute-t-on, ne confère pas de droit, elle efface simplement une cause d'invalidité dans un acte antérieur constitutif d'un droit ; or, l'hypothèque consentie par un porte-fort, c'est-à-dire par une personne qui n'est pas propriétaire, est inexistante ; par conséquent, la ratification ne saurait la vivifier (En ce sens,

MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 262, texte et note 6). Ce n'est que dans l'hypothèse d'une ratification réunissant les conditions exigées pour la validité de l'acte constitutif d'hypothèque, qu'on lui reconnaît alors la propriété d'engendrer une hypothèque, non à titre de ratification, bien entendu, mais à titre d'acte constitutif nouveau (1). — Nous croyons avoir suffisamment répondu par avance à cette objection pour n'avoir pas à la réfuter ici une fois de plus. A notre sens, la ratification est venue donner au contrat hypothécaire ce qui lui manquait pour être complet, le consentement du propriétaire de l'immeuble, et, comme il est de l'essence de la ratification de se confondre et de s'identifier avec l'acte ratifié, l'hypothèque doit être réputée avoir été constituée valablement, dès le principe, comme si le propriétaire l'eût consentie en personne ou par un mandataire spécial (2).

102. Maintenant, cet effet rétroactif de la ratification se produira-t-il à l'égard des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble antérieurement à la ratification et qui les ont conservés en se con-

(1) M. Thézard, *Nantis. privil. et hypoth.*, nº 50. V. égal., dans le même sens, M. Laurent, *op. cit.*, t. XXX, nº 450.

(2) V. MM. Pont, *op. cit.*, nº 626 ; Larombière, *Obligations*, t. VI, sur l'art. 1338, nº 60. — Req. rej., 2 et 3 août 1859, *Sir.*, 59, 1, 801 ; Orléans, 13 novembre 1852, *Journ. du Pal.*, 1853, 1, 353.

formant aux lois ? C'est là que commencent les difficultés.

De prime abord, on pourrait être tenté de faire intervenir dans la discussion de cette question l'article 1338 du Code civil, qui, après avoir déterminé les conditions et réglé les effets de la « confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision », ajoute que ces effets se produisent « sans préjudice néanmoins du droit des tiers ». Ce serait une grave erreur, car la ratification entendue dans le sens de l'article 1338, comme synonyme de confirmation, n'offre aucun point de contact avec la ratification d'un acte accompli par un gérant d'affaires. Pour ne signaler qu'une différence entre ces deux opérations, observons que la première a trait à un acte annulable ou rescindable, auquel a concouru en personne celui dont elle émane, tandis que la seconde se rapporte à un acte qu'une autre personne a passé, sans en avoir reçu mandat, au nom du ratifiant, et qui est, par conséquent, inexistant et non avenu à l'égard de celui-ci, tant qu'il ne lui a pas donné son approbation. Au surplus, les explications fournies à ce propos dans les travaux préparatoires établissent surabondamment (1) et la jurisprudence est d'accord avec les

(1) Exposé de motifs, par M. Bigot-Préameneu, Locré, *Lég. civ.*, t. XII, p. 404.

auteurs pour reconnaître (1) que l'article 1338 est inapplicable à la ratification des actes d'un gérant d'affaires.

Il nous faut donc, à défaut d'un texte, sur l'étendue d'application duquel nous faisons, d'ailleurs, nos réserves les plus expresses en ce qui concerne les effets de la ratification entendue au sens de l'article 1338 (V. *infrà*, n° 169), il nous faut, disons-nous, résoudre la question à l'aide des principes et de l'équité. L'hypothèse est la suivante : dans l'intervalle de l'acte du porte-fort à la ratification, le propriétaire de l'immeuble le grève d'une hypothèque. Cette hypothèque sera-t-elle primée par celle qui a été consentie par le porte-fort et ratifiée ultérieurement par le propriétaire?

Pour que la question se pose, il faut évidemment que l'hypothèque promise par le porte-fort ait été inscrite avant celle qui a été constituée par le propriétaire. Mais on nous arrête ici et on nous oppose que l'inscription ne peut pas être prise avant la ratification, parce que l'hypothèque n'existe pas encore : en effet, dit-on, une inscription n'est valablement requise qu'en vertu du titre générateur de l'hypothèque ; or, tant que le con-

(1) V. notam. MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 337, p. 261 ; Demolombe, *op. cit.*, t. XXIX, nos 722 et 752 ; Labbé, *op. cit.*, n° 48 ; Laurent, *op. cit.*, t. XXVIII, n° 65. — Req. rej., 3 mai 1852, *Dall.*, 52, 1, 143 ; Req. rej., 18 juillet 1887, *Gaz. Pal.*, 87, 2, 419.

sentement du propriétaire de l'immeuble hypothéqué ne s'est pas manifesté suivant les formes prescrites par la loi, on ne saurait prétendre que l'hypothèque a pris naissance, et, partant, l'inscrire utilement (1). C'est toujours, on le voit, la même objection qui revient sous des aspects différents. Nous le répétons, l'hypothèque consentie par le porte-fort n'est pas atteinte d'une nullité congénitale, elle n'est qu'incomplète, et la ratification du propriétaire lui donnera ce qui lui manque pour être viable et la validera ainsi rétroactivement. Et, nous ajoutons, avec M. Labbé (*op. cit.*, nº 60), que si la ratification a la vertu de rétroagir, il faut bien admettre qu'une inscription préalable peut préparer les effets de cette rétroactivité. Au point de vue de l'inscription à prendre, l'hypothèque en question ne diffère pas d'une hypothèque constituée sous une condition suspensive : on ne sait encore si elle existera jamais, mais il suffit qu'il soit possible qu'elle existe rétroactivement du jour du contrat, pour que l'inscription en soit utilement requise.

Nous supposons donc l'inscription prise ; et cette inscription, en même temps qu'elle énonce l'acte constitutif d'hypothèque, rappelle la promesse du

(1) En ce sens, MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t, III, § 266, p. 262, texte et note 6, et § 271, p. 324. V. particul. M. Aubry, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1879, pp. 819, 820 et s.

porte-fort et indique le nom du propriétaire, de telle sorte qu'elle satisfait pleinement aux prescriptions de l'article 2148, notamment en ce qui concerne la nature du titre et la désignation des personnes. Abordons maintenant la véritable difficulté.

Voici comment Pothier la tranchait : « L'effet rétroactif, disait-il, en parlant des conséquences de la ratification, n'a lieu qu'entre le créancier et moi qui ai ratifié ce qui a été fait en mon nom ; mais il ne peut avoir lieu au préjudice des tiers, qui ont acquis un droit d'hypothèque sur mes biens dans le temps intermédiaire ; car celui qui a contracté en mon nom, n'ayant aucune qualité pour pouvoir m'engager et hypothéquer mes biens, ils ne l'étaient point avant que j'eusse ratifié, et par conséquent je les ai valablement hypothéqués à ces créanciers intermédiaires, et il n'a pas dû dépendre de moi de les priver de ce droit d'hypothèque qui leur était acquis, en ratifiant un acte que j'étais le maître de ne pas ratifier » (*Traité de l'hypothèque*, chap. I, sect. II, § II, n° 50). M. Pont se prononce en faveur de la même solution (*op. cit.*, n° 626).

Nous reconnaissons qu'elle repose sur des idées vraies en thèse générale. Si, par exemple, au lieu d'une hypothèque, nous prenons une vente d'immeuble se produisant dans les mêmes conditions,

il est bien certain que la ratification de la vente consentie par le porte-fort ne pourra pas préjudicier aux droits acquis par un second acheteur du même immeuble, ayant traité, non plus avec le porte-fort, mais avec le propriétaire, dans l'intervalle de la première vente à la ratification. C'est qu'en effet, dans cette hypothèse, si l'on admettait le contraire, le ratifiant *priverait*, comme le dit Pothier, son acheteur d'un droit qui lui était acquis ; or, il ne saurait dépendre du propriétaire d'anéantir les droits qu'il a conférés, en validant rétroactivement ceux qu'a consentis en son nom un tiers sans mandat, car, en vendant lui-même son immeuble, il s'est retiré la faculté de ratifier, au préjudice de son acheteur, la vente conclue par le porte-fort. Cette solution qui étend, par raison d'équité et par analogie de situation, à la ratification des actes du gérant d'affaires, la disposition de l'article 1338 réservant le droit des tiers, est incontestable (V., sur ce point, M. Labbé, *op. cit.*, n^os^ 57 et s.).

Mais si le droit existant du chef du ratifiant, au lieu d'être incompatible avec le droit conféré par le porte-fort, peut au contraire se concilier avec lui, s'il s'agit, comme c'est notre cas, de deux hypothèques, droits susceptibles de coexister sur le même bien, faut-il encore décider que la ratification sera impuissante à valider rétroactivement

le droit consenti par le porte-fort? Nous ne le croyons pas. En effet, le créancier à qui le propriétaire a offert une hypothèque, a dû, avant d'accepter cette garantie, s'enquérir des droits réels grevant déjà l'immeuble ; il est tout au moins censé l'avoir fait, et il serait mal venu à prétendre qu'il ignorait la préférence le menaçant, car l'inscription, prise dans les conditions que nous savons, a dû la lui révéler et l'avertir de la possibilité d'une ratification. Si donc il voulait éviter ce danger, il lui fallait exiger du propriétaire un désaveu du porte-fort, une promesse de ne pas ratifier l'hypothèque ; son silence au moment de la convention a été comme un aquiescement tacite au parti que pourrait prendre ultérieurement le propriétaire, qui est, dès lors, demeuré libre de choisir entre le désaveu et la ratification. Tout autre, remarquons-le, serait l'interprétation à donner du silence de l'acheteur d'un immeuble, sur la ratification possible d'une vente antérieurement consentie par un porte-fort et révélée par la transcription ; dans ce cas, en effet, en raison de l'incompatibilité de la première avec la seconde vente, l'acheteur a pu se taire impunément à l'instant du contrat, car il savait bien qu'en lui vendant son immeuble, le propriétaire désavouait par là même et, partant, s'interdisait de ratifier la vente conclue en son nom par un tiers sans mandat. Mais la constitution

d'une hypothèque ne saurait, dans le silence des parties, avoir une portée aussi absolue et impliquer nécessairement, de la part du propriétaire, une renonciation à ratifier plus tard une hypothèque précédemment consentie par un porte-fort, car celle-ci n'empêchera pas la maintien de l'autre. Elle la primera, il est vrai, mais le créancier peut-il se plaindre d'une préférence dont il a connu l'éventualité et contre laquelle il n'a pas protesté ? Son hypothèque n'a, après tout, que le rang qu'il a lui-même tacitement accepté ; s'il a pu espérer la voir monter à un rang supérieur, il n'a jamais dû y compter. La ratification est donc pour lui la cause d'un *lucrum cessans*, et non d'un *dammum emergens ;* il manque de gagner, mais il ne perd rien. En ratifiant, le propriétaire n'a pas détruit ce qu'il avait établi, et le créancier hypothécaire, qui a traité avec lui en pleine connaissance de cause, n'a pas le droit de prétendre, comme le dit Pothier, que la ratification l'a *privé* d'un droit qui lui était acquis.

Qu'on ne se méprenne pas, au surplus, sur le sens des critiques que nous adressons à la théorie de Pothier ! Nous n'entendons en aucune manière insinuer que la solution qu'il propose ne fût pas exacte au temps où il écrivait ; au contraire, au point de vue de l'ancien droit, où les hypothèques étaient généralement occultes, nous la croyons

conforme aux principes et à l'équité, car il n'est plus alors vrai de dire qu'en traitant avec le propriétaire, le créancier hypothécaire a su la préférence dont il était menacé, et, si le propriétaire ne la lui a pas révélée, on ne saurait lui reprocher de n'avoir rien fait pour s'en préserver. Ce que nous critiquons, c'est l'impropriété des termes dont se sert Pothier pour justifier son opinion, c'est aussi et surtout l'adaptation de cette opinion à l'état de choses actuel, où aucun créancier n'est censé ignorer les hypothèques qui grèvent les biens de son débiteur au moment où il contracte avec lui.

Notre conclusion est donc que la ratification de l'hypothèque consentie par un porte-fort a pour effet de la valider rétroactivement, même à l'encontre des créanciers hypothécaires qui ont traité avec le propriétaire dans l'intervalle de l'acte du porte-fort à la ratification (1).

103. Ce point admis, nous n'avons pas à nous poser la question de savoir si la ratification est également opposable, sans qu'il soit besoin de la faire inscrire ou de la faire mentionner en marge de l'inscription de l'acte ratifié, aux créanciers hypothécaires dont le titre est postérieur à cette

(1) En ce sens, M. Labbé, *op. cit.*, nº 61; *Adde* nº 62, où l'on peut voir une considération de fait qui confirme pleinement notre opinion.

ratification. En effet, pour nous, l'affirmative n'est pas douteuse, *a fortiori* de la solution que nous venons de donner au cas où le titre des créanciers est antérieur. Mais la divergence est grande sur cette question entre ceux qui n'admettent pas la rétroactivité de la ratification à l'égard des tiers, et nous devons en dire quelques mots.

La difficulté se réduit à savoir si l'acte de ratification doit être publié, ou s'il suffit que l'hypothèque consentie par le porte-fort ait été inscrite. Dans l'intéressant article qu'il a consacré à l'examen de cette controverse, dans la *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, du mois de novembre 1879, M. Aubry conteste très-vivement cette dernière proposition. Son objection capitale, que nous avons déjà réfutée sous le numéro précédent, consiste à dire qu'on ne peut pas utilement prendre inscription avant l'acte de ratification, car c'est à lui seul qu'appartient le caractère de titre générateur de l'hypothèque. Une pareille inscription, ajoute-t-il, n'est pas seulement vicieuse au fond, elle est encore irrégulière en la forme, attendu qu'elle ne satisfait pas aux exigences de l'article 2148-3°, qui veut que l'inscription énonce la date du titre. Or, en matière d'hypothèque conventionnelle, c'est l'acte authentique, constatant le consentement du propriétaire de l'immeuble hypothéqué, qui forme le titre désigné au numéro 3 de

l'article 2148, et c'est, par conséquent, la date de cet acte qui doit être indiquée dans l'inscription. Donc, en admettant même que la ratification ait rétroactivement couvert le vice du fond, elle n'en a pas moins laissé subsister l'irrégularité de la forme, à laquelle il ne peut être remédié que par une inscription nouvelle, qui ne valide pas l'inscription primitive et n'a d'effet que pour l'avenir, car la rétroactivité de la ratification ne saurait avoir pour conséquence de transporter dans l'acte passé par le porte-fort la constatation du consentement du propriétaire de l'immeuble hypothéqué.

Cet argument de forme n'est en réalité qu'un corollaire de l'argument de fond auquel nous avons répondu plus haut. Aussi ne reviendrons-nous pas sur ce que nous croyons avoir victorieusement démontré. Avant la ratification, on ne sait pas encore, cela est l'évidence même, si et quand elle se produira, et on serait, imaginons-nous, fort embarrassé d'indiquer à l'avance dans une inscription, la date d'un événement encore incertain. Mais, de deux choses l'une, ou la ratification n'interviendra pas, et dans ce cas la question que nous examinons ne se posera jamais, ou elle interviendra, et nous savons, pour l'avoir prouvé, qu'elle se confondra et s'identifiera avec l'acte ratifié, de sorte que la date du titre sera celle de la constitution faite par le porte-fort. Peut-on dire dès lors,

comme le fait M. Aubry, qu'en raisonnant ainsi nous étendons la rétroactivité, fiction juridique de nature intellectuelle, à une condition matérielle de publicité? Évidemment non, puisqu'il n'y a et il n'y aura jamais, si la ratification intervient, c'est-à-dire si la question se pose, qu'une seule date du titre, celle de l'acte ratifié. En vain, M. Aubry prétend-il après cela que, pour satisfaire aux exigences de l'article 2148-3°, ce n'est pas à l'avance, comme un événement incertain, mais après, comme un fait accompli, que la ratification doit être publiée. A ce compte, en effet, il faudrait interdire, comme violant la loi, l'inscription, avant l'arrivée de la condition, de toute hypothèque constituée sous une condition suspensive, car c'est là au premier chef une hypothèque dont l'existence est subordonnée à un événement encore incertain lors du contrat. Or, personne, pas même M. Aubry, n'oserait aller jusque-là. Aussi, persistons nous à croire qu'il suffit que, par suite d'un fait incertain et futur, une hypothèque puisse exister rétroactivement du jour du contrat, pour que la mention dans l'inscription de la date et de la nature de ce contrat satisfasse pleinement aux exigences de l'article 2148-3°; et l'inscription prise dans ces conditions est non seulement régulière en la forme, mais encore opposable aux tiers à compter de sa date et sans qu'une inscription nouvelle soit aucunement nécessaire.

Si donc, pour en revenir à la question spéciale qui nous occupe, le propriétaire ratifie l'hypothèque constituée par le porte-fort, celle-ci ne pourra pas être repoussée par les créanciers hypothécaires inscrits depuits la ratification, sous le prétexte que cette ratification n'a pas été rendue publique. C'est en ce sens que la Cour de Cassation s'est plusieurs fois prononcée, notamment dans un arrêt remarquable, rendu à la date du 13 décembre 1875 (1), arrêt que nous sommes loin, d'ailleurs, d'approuver en tout point, car il mérite, à notre sens, un grave reproche, dont M. Aubry n'a pas manqué de faire son profit pour étayer sa thèse. Il ressort, en effet, des motifs admis par la Cour, que, dans sa pensée, la rétroactivité n'eût pu s'opérer à l'encontre des créanciers hypothécaires dont les inscriptions auraient été antérieures à la ratification. Cela étant, disons-nous avec M. Aubry, la Cour aurait dû, pour rester conséquente avec elle-même, se prononcer également en faveur des créanciers inscrits postérieurement, car nous ne voyons aucune bonne raison de droit ni d'équité pour traiter d'une manière différente les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à la ratification, puisque, lorsqu'ils ont acquis leur hypothè-

(1) Civ. cass., 13 décembre 1875, *Dall.*, 76, 1, 97, avec une note de M. Garsonnet. V. égalemeut Civ. rej., 3 août 1859, *Dall.*, 59, 1, 419. Cpr. Civ. rej., 25 novembre 1856, *Dall.*, 56, 1, 385.

que, les uns comme les autres ignoraient si le constituant avait ou non ratifié l'hypothèque consentie en son nom par le porte-fort. Mais, dans l'espèce qui lui était soumise, la Cour de Cassation n'a pas pensé qu'elle pût, et en cela nous l'approuvons, méconnaître à ce point la règle *Ratihabitio mandato comparatur*. Nous regrettons seulement qu'elle se soit refusée à admettre que *la portée de cette règle est absotue, quand on l'àpplique aux hypothèques*. C'est notre conclusion.

104. La seconde des deux questions annoncées sous le n° 101 est celle de savoir si une personne peut hypothéquer un immeuble déterminé, dont elle n'est pas propriétaire, sous la condition qu'elle l'acquerra plus tard. Nous l'avons résolue par avance, dans le sens de l'affirmative, en nous expliquant sur la façon dont nous entendons la prohibition de l'hypothèque des biens à venir (1). Qu'il nous suffise d'ajouter que, tout en revendiquant en faveur de notre opinion l'autorité de Troplong, nous n'acceptons pas, pour notre compte, l'argument qu'il prétend tirer de l'article 2125, à savoir que cet article, en permettant d'hypothéquer un bien sur lequel on a un droit de propriété sou-

(1) V. *suprà*, n° 99. — M. Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*, n° 96 *bis* III, 3° ; Troplong, *op. et loc. cit.*, n° 528. — *Contrà*, MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 262, texte et note 5; Martou, *op. et loc. cit.*, n° 1004 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, n° 472 ; Thézard, *op. cit.*, n° 40.

mis à une condition suspensive, autoriserait par là même à hypothéquer un bien pour le cas où l'on en deviendrait propriétaire. Nos adversaires ont fort bien répondu à Troplong que l'article 2125 suppose que le constituant a, dès à présent, sur l'immeuble, un droit qui, pour être imparfait, n'en est pas moins certain, un droit qui rétroagira au jour du contrat, si la condition se réalise, et fera rétroagir au même jour l'hypothèque consentie : tandis que, dans l'hypothèse prévue, le constituant n'a actuellement sur l'immeuble aucune espèce de droit, même éventuel. Aussi est-ce presque une naïveté de dire que, s'il devient plus tard propriétaire, l'hypothêse consentie antérieurement à l'acquisition ne rétroagira pas plus que celle-ci et ne vaudra que pour l'avenir, car il tombe sous le sens qu'elle n'aura pas pu s'asseoir sur l'immeuble avant qu'il fût entré dans le patrimoine du constituant. Voilà toute notre pensée, et, quand nous affirmons qu'il est permis d'hypothéquer un immeuble spécialement désigné dont on projette l'acquisition, et sous la condition de cette acquisition, nous entendons dire qu'il s'agit s'implement là d'une convention qui ne viole la loi dans aucune de ses dispositions fondamentales, dont l'objet est parfaitement déterminé, et qui ne saurait nuire aux droits du propriétaire tant que celui-ci conservera cette qualité, convention qui est, par consé-

quent, en tout point valable et devra produire son effet, si l'événement prévu se réalise.

II. — De l'hypothèque consentie par un propriétaire dont le droit est conditionnel ou rescindable

105. Si le constituant n'a sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, il est évident qu'il ne pourra consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision (art. 2125). Le législateur n'avait pas, selon nous, à le dire formellement, car c'est là une simple application de ces règles de bon sens : « *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* », et « *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ».

Il semble donc que, dans les différentes hypothèses qui peuvent se présenter, l'application de ces principes ne doive donner lieu à aucune difficulté. Il n'en est rien cependant, et l'examen du sort des hypothèques dans les principaux cas où le droit du constituant est conditionnel ou rescindable va nous mettre aux prises avec certaines questions très délicates.

1° Le constituant est propriétaire sous condition suspensive

106. La condition suspensive, disons-nous, agit par rapport à l'hypothèque comme par rap-

port au droit de propriété. Il en résulte que, si l'événement prévu se réalise, l'hypothèque produira tout son effet du jour même du contrat, car le constituant sera censé avoir toujours été propriétaire (art. 1179) ; si, au contraire, la condition vient à défaillir, le constituant n'aura jamais été propriétaire, et l'hypothèque, par lui consentie, s'évanouira.

107. Parmi ceux qui ont sur un immeuble un droit suspendue par une condition et qui peuvent valablement consentir une hypothèque soumise à la même condition, il faut certainement comprendre celui qui doit rentrer éventuellement, par l'effet d'une condition résolutoire, dans la propriété d'un immeuble aliéné, par exemple, le vendeur non payé, qui est admis à reprendre l'immeuble vendu, en demandant judiciairement la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix (art. 1654), ou bien le donateur qui, par suite soit d'inexécution des conditions de la donation, soit de survenance d'enfant, s'il n'en avait pas au moment du contrat, peut, par une demande en justice, dans le premier cas (art. 956), de plein droit, dans le second (art. 960), rentrer dans la propriété de l'immeuble donné, ou encore le vendeur qui s'est réservé la faculté de rachat dans un délai déterminé (art. 1659 et 1673). L'application à ces diverses situations des principes de la condition suspen-

sive ne nous paraît pas susceptible d'être contestée, car il est clair qu'en ne transmettant qu'un droit résoluble, le vendeur ou donateur s'est réservé sur l'immeuble un droit suspendu par une condition.

Ces idées ne sont cependant pas unanimement admises : sans les répudier ouvertement, la jurisprudence n'hésite pas à les méconnaître quand les conséquences qui en découlent lui paraissent inacceptables au point de vue pratique ; et, si la grande majorité des auteurs les considère comme juridiquement incontestables, il s'en trouve néanmoins, et des plus éminents, qui les repoussent au nom des princiyes. « Quand un immeuble n'a été aliéné que sous une condition résolutoire, disent MM. Aubry et Rau, il y a sans doute pour l'ancien propriétaire possibilité ou chance de rentrer dans la propriété : et, en général, le retour de la chose entre ses mains s'opérera avec effet rétroactif, comme si l'aliénation n'avait pas eu lieu, mais il n'a pas pour cela un droit conditionnel de propriété dans le sens de l'article 2125. Un pareil droit suppose un titre d'acquisition dont l'efficacité est subordonnée à un événement futur et incertain, et ne peut résulter, en faveur du vendeur ou donateur, de l'acte même par lequel il transmet son droit de propriété. Le propriétaire qui aliène sa chose, quoique sous une condition résolutoire seulement,

ne se dépouille pas moins d'une manière complète de sa propriété ; et, en cas de résolution, il y aura, non point consolidation d'un droit acquis sous condition, mais tout simplement retour de la chose à l'ancien propriétaire, qui, dans l'intervalle, avait cessé de l'être. Si ce retour s'opère en général *ex tunc*, et si l'immeuble rentre dans le domaine de ce dernier avec anéantissement de tous les actes de dispositions émanés de l'acquéreur, il n'en est pas moins vrai que de fait celui-ci aura été propriétaire dans l'intervalle de l'acquisition à sa résolution » (1).

108. La jurisprudence a fait maintes fois l'application du système défendu par MM. Aubry et Rau à l'hypothèse particulièrement intéressante de la vente à réméré, en décidant que l'acquéreur a seul le droit d'hypothéquer l'immeuble, parce que seul il a le *jus in re*, la propriété. La vente faite avec faculté de rachat, disent en substance les arrêts, dessaisit complètement le vendeur de la propriété et ne lui laisse qu'un *jus ad rem* (2), une simple action, (une action personnelle, bien entendu, car si c'était une action réelle, il aurait une

(1) *Op. et loc. cit.*, note 13. — V. égal. le texte, p. 265 ; Grenier, *Traité des Hypothèques*, t. I, nº 153.

(2) Cette expression, non usitée par les jurisconsultes romains, nous vient des canonistes : elle désigne le droit de créance par opposition au droit réel, *jus in re*. V. Pothier, *Introd. gén. à la Cout. d'Orléans*, nos 109 et s.

partie de la propriété, un *jus in re*), et cette action est tout ce qu'il peut céder à des tiers, comme elle est tout ce dont ses créanciers peuvent se prévaloir en son nom (1).

Cette doctrine, justement réfutée par la presque unanimité des auteurs, est plus spécieuse que solide, car, dès lors que l'acquéreur n'a pas la propriété pleine et entière, dès lors qu'il n'a qu'un droit rétroactivement résoluble sous une certaine condition, il faut admettre, par une corrélation nécessaire, que le vendeur qui doit, sous la même condition, rentrer dans sa chose comme s'il n'avait jamais cessé d'en être propriétaire, ne s'est pas dépouillé d'une façon complète et a retenu sur cette chose un droit, purement éventuel, si l'on veut, mais qui n'en est pas moins ce qu'on appelle un droit de propriété sous condition suspensive. Il y a là, sur la même chose, deux droits de propriété qui se complètent l'un l'autre, et qui permettent à l'acheteur, d'une part, au vendeur, de l'autre, de l'hypothéquer valablement *pendente conditione* : le premier, sous une condition résolutoire, le second, sous une condition suspensive. Ceci est de toute

(1) V. Besançon, 22 novembre 1823, et Req. rej., 21 décembre 1825, *Dall.*, 26, 1, 43 ; Bordeaux, 5 janvier 1833, *Dall.*, 33, 2, 94 ; Montpellier, 4 mars 1841, et Req. rej., 14 avril 1847, *Dall.*, 47, 1, 217 ; Grenoble, 17 février 1849, *Dall.*, 51, 2, 335; Nimes, 18 déc. 1849, *Dall.*, 52, 2, 122 ; Paris, 12 août 1871, *Sir.*, 71, 2, 193, avec une note de M. Labbé, et *Dall.*, 73, 2, 133; Req. rej., 23 août 1871, *Dall.*, 73. 1, 321.

évidence et trouve sa consécration dans les dispositions du Code civil. Peut-on voir, en effet, un *jus ad rem* dans un droit que le vendeur peut exercer, aux termes de l'article 1664, contre un second acquéreur, un ayant cause à titre particulier de l'acheteur à pacte de rachat, un tiers par conséquent à l'égard du premier contrat quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat? Peut-on voir un *jus ad rem* dans un droit en vertu duquel, d'après l'art. 1673, le vendeur reprend son héritage franc et quitte de toutes les charges dont l'acquéreur l'aurait grevé? Évidemment non, car tout droit opposable aux tiers est un droit réel, un *jus in re*. Sans doute ce droit est conditionnel, mais cela n'a d'autre effet que de rendre également conditionnelle l'hypothèque consentie par le vendeur *pendente conditione* (art. 2125) : si la condition s'accomplit, si dans le délai le vendeur exerce le droit de rachat, l'hypothèque deviendra ferme et stable ; elle s'évanouira, au contraire, si la condition vient à défaillir (1).

109. Dans la pratique, la question que nous exa-

(1) En ce sens, MM. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V. nº 100 *bis* III ; Valette, *Privil. et hypoth.*, pp 202 et 203 ; Pont, *op. cit.*, nos 638 et 639 ; Martou, *op. cit.*, t. III, nº 964 ; Laurent *op. et loc. cit.*, nº 477 ; Demolombe, *Cours de Code civil*, t. XXV, nos 408 et suiv. ; Troplong, *op. cit.*, t. II, nº 469 ; Larombière, *Obligations*, t. II, sur l'art. 1181, nº 8 ; Labbé, *Revue critique*, Nouvelle série, t. 1, pp. 497 et suiv. — Douai, 22 juillet 1820, *Sir.*, 21, 2, 247 ; Alger, 2 novembre 1885, *Sir.* 86, 2, 132.

minons se complique le plus souvent de cette circonstance que le rachat n'est pas exercé par le vendeur lui-même, mais par un tiers auquel il a cédé son droit. Notre solution conduit alors à décider qu'après l'exercice du réméré le cessionnaire est tenu de subir l'hypothèque que le vendeur a valablement constituée sur l'immeuble pendant le délai et avant la cession de son droit. C'est là, nous devons en convenir, un résultat injuste à l'égard du cessionnaire, car c'est lui qui a déboursé l'argent sans lequel l'immeuble serait encore dans le patrimoine de l'acheteur ; c'est, par conséquent, lui qui a conservé à ses dépens le gage des créanciers de son auteur et qui va se voir exproprié par eux.

En face d'une pareille iniquité, on s'explique fort bien que quelques auteurs aient hésité à appliquer au cas présent la solution qu'ils considèrent comme incontestable dans l'hypothèse où le réméré est exercé par le vendeur lui-même ; on comprend encore mieux que la jurisprudence ait coupé court à la difficulté en repoussant, à l'aide d'arguments tels quels, les idées que nous avons acceptées, surtout si l'on sait que la validité des hypothèques constituées par le vendeur a réméré n'a jamais été contestée par elle que dans des espèces où le rachat avait été opéré par le cessionnaire, et qu'au contraire, chaque fois que l'exer-

cice du réméré avait été le fait du vendeur, elle s'est empressée de revenir à notre opinion, notamment dans les arrêts précités des Cours de Douai et d'Alger.

Les auteurs qui, tout en admettant que le vendeur a un droit réel et peut hypothéquer, n'ont pas osé accepter jusqu'au bout les conséquences de leur opinion, dans la crainte de sacrifier l'intérêt légitime du cessionnaire, ont fait le raisonnement suivant : quand le droit de réméré est exercé par un cessionnaire, la condition ne s'accomplit pas ; l'immeuble qui avait cessé d'appartenir au vendeur, par l'effet du contrat de vente à réméré, ne rentre pas dans son patrimoine ; il passe directement dans celui du cessionnaire ; et il en résulte que l'hypothèque conférée par le vendeur, sous la condition que la propriété aliénée lui reviendrait par l'exercice du réméré, s'évanouit, comme si le rachat n'était pas du tout exercé (1).

Ce raisonnement ne tient pas contre les principes. En effet, le droit qui appartient au vendeur à réméré, c'est la faculté de faire opérer une condition qui le rendra rétroactivement propriétaire ; cette faculté est dans son patrimoine, et de même

(1) En ce sens, MM. Pont, *op. cit.*, nº 516 ; Demolombe, *op. et loç. cit.* nº 411 *bis* : Troplong, *op. cit.*, t. II, nº 435 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. V, § 794, p. 155, note 1, *in fine*. — Cpr. Req. rej., 14 avril 1847 ; Grenoble, 17 février 1849 ; Nimes, 18 décembre 1849 ; Paris, 12 août 1871, déjà cités.

qu'il peut en user ou ne pas en user, de même il peut en céder l'exercice et l'avantage à un tiers. Si ce tiers opère le racnat, il ne fait donc qu'exercer une faculté que lui a transmise le vendeur ; c'est comme étant aux droits de celui-ci qu'il rembourse le prix à l'acheteur et qu'il réalise ainsi la condition prévue. Or, par suite de l'effet rétroactif de la condition résolutoire accomplie, l'acheteur est réputé n'avoir jamais été propriétaire ; de son côté, le cessionnaire ne peut prétendre l'avoir été avant le jour où le droit de rachat lui a été cédé. Il y a donc, entre la vente et la cession du droit de rachat, un espace de temps pendant lequel le vendeur seul a été propriétaire, pendant lequel, par conséquent, il a pu valablement hypothéquer l'immeuble. Et l'on voudrait qu'il fût libre d'anéantir par un acte entièrement volontaire de sa part, par la cession de son action en réméré, une garantie qu'il a dûment concédée à son créancier ! Mais de quel droit, demandons-nous, le cessionnaire, qui est l'ayant cause du vendeur, et non de l'acquéreur, se refuserait-il à subir l'hypothèque antérieurement constituée sur la chose par son auteur? S'il profite de la résolution comme ayant cause du vendeur, pourquoi un autre ayant cause du même auteur, qui a acquis avant lui des droits sur l'immeuble, n'en profiterait-il pas également (1) ?

(1) V., en ce sens, MM. Valette, *op. cit.*, p. 203 ; Labbé, *op. et loc. cit.* ; Thézard, *op. cit.*, nº 135.

Nous n'entendons pas dire, au surplus, qu'il soit bien équitable de s'acrifier le cessionnaire au créancier hypothécaire. Sans doute, la jurisprudence n'est pas favorable à ce dernier, mais ne devait-il pas s'attendre un peu à ce qui lui arrive? Il n'ignorait certainement pas qu'en acceptant une hypothèque sur un immeuble vendu à réméré, il était exposé à la voir s'évanouir, si le rachat n'était pas pratiqué dans le délai; et il doit d'autant moins se plaindre de la perte de sa garantie, qu'il est vraisemblable qu'elle devait fatalement disparaître, car si le débiteur a fait argent de son droit de réméré, c'est apparemment parce qu'il n'était pas en mesure de l'exarcer lui-même. Il est bien vrai que le rachat a été opéré, que la condition prévue s'est réalisée et que l'hypothèque a désormais une existence assurée à l'encontre des tiers : c'est là évidemment ce que veulent les principes ; mais la justice n'exige-t-elle pas, de son côté, que le ctéancier n'obtienne pas cet avantage au détriment de celui-là même qui le lui a procuré en déboursant l'argent du rachat ! Nous l'avouons donc sans difficulté, la logique du droit conduit à une iniquité, et nous comprenons, au point de vue pratique, nous approuvons presque les décisions de la jurisprudence, mais, sur le terrain des principes, nous persistons à considérer notre solution comme irréprochable(1).

(1) V., dans l'article de M. Labbé, auquel nous renvoyons plus

110. Au propriétaire sous condition suspensive, on peut assimiler le copropriétaire par indivis. En effet, tant que dure l'indivision, il n'est propriétaire exclusif d'aucun des biens communs ni d'aucune partie de ces biens ; il n'a qu'un droit indivis sur la totalité, lequel ne se transformera en un droit exclusif sur une portion matériellement déterminée que par l'événement du partage. Mais alors, par suite du principe posé dans l'article 883, unanimement regardé comme applicable au partage entre tous copropriétaires par indivis (1), son droit exclusif rétroagira au jour où a commencé l'indivision, de sorte que l'on peut dire que le partage, auquel l'artiéle 883 assimile la licitation, opère ici comme une véritable condition.

Propriétaire sous condition suspensive, le copropriétaire par indivis peut conférer hypothèque sur un ou plusieurs des biens communs. Seulement le sort de cette hypothèque dépendra de l'événement du partage ou de la licitation : elle n'aura son plein effet qu'autant que le constituant obtiendra dans son lot par le partage l'immeuble grevé ou qu'il

haut, une combinaison ingénieuse, mais quelque peu hardie, — car elle suppose une extension par analogie d'un privilège et d'un cas de subrogation légale, — des principes du privilège du vendeur et de la subrogation légale, proposée par le savant professeur pour sauvegarder dans une équitable mesure les droits du cessionnaire.

(1) V. les art. 1476, 1872, C. civ. — MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, § 221, p. 410, texte et note 25, et les autorités auxquelles ils renvoient.

en deviendra adjudicataire sur licitation ; dans le cas contraire, si cet immeuble échoit ou est adjugé à un autre copropriétaire, elle sera anéantie, la condition ne s'étant pas réaiisée. C'est l'application élémentaire des règles que nous connaissons.

111. Dans le premier cas, c'est-à-dire si le constituant devient propriétaire de l'immeuble, l'hypothèque portera-t-elle sur l'immeuble tout entier ou seulement sur une portion de cet immeuble, correspondant à la part indivise qui lui appartenait avant le partage ? Les auteurs et la jusisprudence sont aujourd'hui parfaitement d'accord pour décider que la solution de cette question dépend des termes dans lesquels la constitution a été faite. Si le copropriétaire a hypothéqué l'immeuble indivis sans rien préciser, le droit réel grèvera la totalité de l'immeuble ; s'il a seulement engagé sa part indivise dans l'immeuble, l'hypothèque demeurera, en vertu du principe de la spécialité, restreinte à cette part indivise (1),

112. Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, force est de reconnaître que les conséquences du principe posé dans l'article 883 exposent le créancier qui a accepté une hypothèque sur un immeuble indivis, non seulement à des mécomptes, mais aussi à d'as-

(1) V, notam. MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 266, texte et note 16 ; Laurent, *op. cit.*, t. X, nº 404. — Civ. cass., 6 décembre 1826, *Sir.*, 27, 1, 171.

sez graves inconvénient. Sa garantie peut, en effet, être aisément détruite en son absence, par suite d'une entente entre les copartageants. Sans doute il a le droit de s'opposer, en vertu de l'article 882, à ce qu'il soit procédé au partage hors de sa présence, mais ce droit sera souvent illusoire, les copartageants pouvant profiter de son éloignement pour confectionner le partage avant qu'il ait été mis à même de prendre ses précautions, ce qui leur sera surtout facile s'il sont tous majeurs et capables, car ils pourront alors, dans un espace de temps très-restreint, faire un partage sous seing-privé, auquel il leur suffira de donner immédiatement date certaine pour le rendre définitif. Lors de l'enquête hypothécaire de 1841, divers moyens furent proposés pour prévenir ces dangers (1). Signalons particulièrement le désir, exprimé par la Cour de Rennes, qu'un article de loi décidât que l'inscription de l'hypothèque vaudrait opposition à tout partage.

En Belgique, l'article 2 de la loi du 15 août 1854 a sensiblement amélioré la position du créancier hypothécaire en reportant, au cas de licitation, son droit de préférence sur la part du débiteur dans le prix.

113. Mais un texte était-il nécessaire pour atteindre ce résultat? Pour soutenir la négative,

(1) V. les observations de la Cour et de la Faculté de Rennes, *Doc. hyp.*, t. I, p. 466, et t. III, pp. 292 et 293.

on fait remarquer que le principe, d'après lequel le partage est déclaratif de propriété, étant une sorte de fiction imaginée ou plutôt adoptée par le législateur pour rendre les copropriétaires indépendants les uns des autres, relativement aux aliénations et constitutions de droits réels par eux consenties durant l'indivision, ce principe ne saurait être étendu au delà des limites strictement fixées par la loi : dès que l'intérêt des copropriétaires ne se trouve plus engagé dans la question, la fiction doit disparaître pour faire place à la vérité juridique, à l'idée romaine, toujours exacte, que le partage est attributif de propriété. Or, ce n'est pas entre copropriétaires ou entre un copropriétaire et les ayants cause de l'autre que s'agite ici la question mais simplement entre le créancier hypothécaire et les créanciers chirographaires de l'un d'eux, de sorte que les copropriétaires n'ont aucun intérêt au débat. D'ou l'on conclut que, l'article 883 n'étant pas applicable à l'espèce, il n'y a aucune raison pour priver le créancier hypothécaire du droit de préférence dont il a été régulièrement investi, le droit de préférence n'étant pas si intimement lié au droit de suite qu'il ne puisse jamais lui survivre (1).

(1) En ce sens, MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, § 625, p. 563, texte et note 24 ; Daniel de Folleville, *Revue gén. du droit, de la législation et de la jurisprudence* 1877, p. 403. — Aix, 23 janvier 1835, *Sir.*, 35, 2, 267. Cf. Alger, 4 avril 1877, et les observ. conf. de M. Labbé, *Sir.*, 80, 2, 145.

Nous ne prétendons pas que la perte du droit de suite entraîne nécessairement et, dans tous les cas, celle du droit de préférence. Mais, sans vouloir insister sur cette question, qui ne comporte pas une solution absolue et doit être examinée dans les divers cas où elle se présente, nous pensons qu'en règle générale, à défaut d'un texte formellement ou implicitement contraires, le sort de chacun des deux droits est intimement lié à celui de l'autre. C'est ce qui ressort de l'esprit même de notre loi hypothécaire qui, en associant ces deux droits d'une façon pour ainsi constante, en les assujettissant notamment à la même formalité pour leur conservation, semble les avoir considérés moins comme deux droits distincts que comme un seul et unique, susceptible d'être envisagé sous deux aspects différents. Ceci posé, nous disons que, dans le cas qui nous occupe, pour séparer le sort du droit de préférence de celui du droit de suite, il faudrait un texte qui n'existe pas. Le législateur, nous objecte-t-on, a entendu que l'article 883 serait inapplicable toutes les fois que la difficulté ne s'élèverait pas entre communistes. Nous n'en disconvenons pas, mais nous ne pouvons cependant pas faire abstraction du texte de cet article. Or, il est aussi affirmatif que possible, et l'interprète n'a pas le droit de distinguer là où la loi ne distingue pas. Que demandons-nous d'ailleurs? Un

texte dont on puisse induire plus ou moins directement la survie en l'espèce du droit de préférence au droit de suite ; et voilà que justement on nous oppose un texte qui, loin d'autoriser cette induction, la repousse formellement. Ne dit-il pas, en effet, que ceux des copartageants, auxquels l'immeuble n'est pas adjugé, sont censés n'en *avoir jamais eu la propriété ?* Ce qui signifie, à n'en pas douter, qu'ils n'ont jamais eu le pouvoir de l'hypothéquer, et, par suite, que l'hypothèque par eux consentie doit tomber pour le tout, pour le droit de préférence aussi bien que ponr le droit de suite. Est-il admissible qu'un non-propriétaire ait pu constituer une hypothèque donnant au créancier un droit de préférence ? Le prétendre, c'est non seulement faire une distinction que la loi ne fait pas, mais encore et surtout aller contre la force même des choses. Il ne peut, en effet, y avoir de droit de préférence résultant d'une hypothèque, alors qu'il n'y a pas d'hypothèque. Ce serait, lit-on dans maints arrêts de Cours d'appel, « un droit hypothécaire sans hypothèque, c'est-à-dire un effet sans cause » (1). C'est en ce dernier sens que la Cour de Cassation, qui n'avait pas encore été appe-

(1) V. notam. Lyon, 14 février 1853, *Dall.*, 54, 5, 544 et 545 ; Paris, 11 janvier 1867, *Sir.*, 67, 2, 258 ; Angers, 8 mars 1876, Alger, 8 janvier 1877 et Caen, 18 mai 1877, *Dall.*, 78, 2, 185, et *Sir.*, 77, 2, 169 ; 78, 2. 141 ; Aix, 3 mars 1888, *Gaz. Pal.*, 88, 2, 412,

lée à statuer sur la question, vient de se prononcer dans un arrêt rendu à la date du 16 avril de l'année dernière (1).

En pratique, il est facile d'éviter les conséquences fâcheuses que peut avoir pour le créancier hypothécaire l'admission de cette solution : il suffit d'ajouter à la constitution d'hypothèque le transport par le copropriétaire, au profit du créancier, de sa part éventuelle dans le prix de la licitation. De cette façon, si l'immeuble vient à être adjugé à un autre copropriétaire que le constituant, le créancier n'en aura pas moins, en vertu du transport, un droit de préférence sur le prix. En vain nous objecterait-on qu'un pareil transport est impossible, parce que, le cessionnaire n'étant, aux termes de l'article 1690, saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur, ce dernier est encore inconnu au moment de la cession. Cette circonstance n'a ici d'autre inconvénient que d'obliger le créancier cessionnaire à signifier le transport à tous les copropriétaires du constituant ; cela fait, au jour de la licitation, comme il se trouve que le créancier hypothécaire a, dès avant cette opération, « notifié son transport à celui qui est, en défini-

(1) Req. rej., 16 avril 1888, *Gaz. Pal.*, 88, 1, 726. — V. égal., en faveur de notre opinion, MM. Demolombe, *op. cit.*, t. XVII, nº 320 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, nº 419.

tive, devenu adjudicataire des immeubles, celui-ci étant présumé, d'après l'article 883, en avoir toujours été propriétaire et, par conséquent, seul débiteur de la soulte transportée ou cédée, la signification doit produire effet à sa date même, puisqu'elle a, en réalité, été faite à celui qui, par l'événement de la licitation, est réputé avoir été propriétaire et débiteur au moment où elle a eu lieu » (Civ. cass., 26 mai 1886, *Gaz. Pall.*, 86, 2, 19).

114 Il est bien entendu, au reste, que la licitation ne peu être assimilée au partage et réputée simplement déclarative qu'autant qu'elle est transchée au profit de l'un des colicitants. Tranchée au profit d'un étranger, elle devient une vente véritable et en produit tous les effet. De la suit, par exemple, que le privilège garantissant le paiement du prix est alors le privilège du vendeur (art. 2103-1°, 2108), et non plus celui du copartageant art. 2103-3°, 2109), et que d'autre part, l'adjudicataire est soumis à l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix (art. 1654. Cette distinction entre le cas où c'est un étranger qui se rend adjudicataire et celui où c'est un des copropriétaire, est généralement admise, au moins comme principe, dans la doctrine aussi bien que dans la jurisprudence (1).

(1) V. notam. MM. Demante, *Cours anal. de Code civil*, t. III, n° 255 *bis* IV; Demolombe, *op. et loc. cit.*, n° 272; Laurent, *op. et loc. cit.*, n° 420. — Req. rej., 8 mars 1875, *Sir.*, 75. 1, 449, avec une note de M. Labbé.

115. L'adjudication sur licitation constituant une vente ordinaire lorsqu'elle est faite au profit d'un étranger, il semble qu'on doive admettre sans la moindre difficulté que l'hypothèque, établie du chef d'un copartageant sur l'immeuble licité, continue à grever cet immeuble après la licitation, jusqu'à concurrence de la part indivise du constituant, soit d'ailleurs que celui-ci ait hypothéqué cette part indivise ou l'immeuble entier.

Il n'en est rien cependant, et si l'on s'accorde communément à reconnaître que chacun des copartageants doit être considéré comme vendeur pour sa part, lorsque leurs droits respectifs sur l'immeuble licité en commun étaient déjà liquidés et déterminés lors de l'adjudication, on ne s'entend plus dans l'hypothèse, très-fréquente en pratique, où le règlement des droits respectifs des copropriétaires n'ayant pas encore été fait, la licitation n'a été qu'un incident du partage, une opération tendant à faciliter la formation et la composition des lots.

Une première opinion subordonne, en ce cas, le sort de l'hypothèque aux résultats de la liquidation. Partant de cette idée que la vente, simple préliminaire du partage, est faite en quelque sorte pour le compte et au profit de la masse, qu'elle n'a, dès lors, d'autre effet que de substituer dans l'ensemble des biens partageables une créance à l'im-

meuble licité, elle se refuse à admettre qu'on puisse, avant la fin des opérations, considérer chacun des copropriétaires comme créancier définitif d'une partie du prix d'adjudication : c'est seulement, suivant cette opinion, l'événement du partage qui fera connaître, en attribuant la créance du prix d'adjudication à l'un ou à plusieurs des copropriétaires, celui ou ceux d'entre eux qui devront être, dans la mesure de la portion de cette créance à eux échue, réputés vendeurs, et du chef desquels, par conséquent et dans la même mesure, des hypothèques auront pu prendre naissance, pendant l'indivision sur l'immeuble licité (1).

Un second système, auquel nous croyons devoir nous rallier, n'admet pas que les résultats d'un partage ultérieur puissent modifier rétroactivement dans ses conséquences la vente consentie pendant l'indivision. Qu'importe, en effet, que cette vente n'ait été qu'une opération préparatoire de la liquidation ? Il n'en est pas moins vrai qu'elle a fait sortir l'immeuble de la masse partageable, de sorte qu'on ne comprend pas comment il pourrait être mis au lot de l'un ou de plusieurs des copartageants. Sans doute, le droit au prix est venu se

(1) En ce sens, MM. Demante, *op. et loc. cit.*, Demolombe, *op. et loc. cit.*, nº 273 ; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 564, texte et note 25. — Grenoble, 2 juin et 19 août 1863, *Sir.*, 63, 2, 249 ; Douai, 5 juin 1866, *Sir.*, 67, 2, 257.

substituer à l'immeuble, mais c'est un droit divisé par sa nature, ne pouvant dès lors faire l'objet d'un partage, qui est venu se substituer à un droit indivis, dont le partage était nécessaire. En réalité, chacun des propriétaires est vendeur d'une partie de l'immeuble, chacun d'eux est donc créancier d'une portion du prix, proportionnelle à sa part dans l'immeuble. Le partage opéré postérieurement ne peut pas faire que cette conséquence toute naturelle des principes du droit commun ne se soit pas produite, et s'il met, par exemple, la totalité du prix au lot de l'un des copartageants, la force même des choses s'oppose à ce qu'il y ait là, pour ce qui dépasse la part personnelle de celui-ci, autre chose qu'une cession de prix de ventes faite par quelques-uns des colicitants au profit de l'un d'eux. Si donc nous supposons une hypothèque inscrite antérieurement du chef d'un autre copartageant sur l'immeuble indivis, cette hypothèque devra être maintenue pour la portion du prix qui représente la part du constituant dans l'immeuble licité (1).

Jusqu'à la fin de l'année 1887, la Cour de Cassation n'avait jamais eu, directement du moins, à prendre parti entre les deux opinions que nous

(1) Voir, dans le sens de notre opinion, MM. Colmet de Santerre, *Revue critique*, 1864, t. XXIV, pp. 490 et s. ; Laurent, *op. et loc. cit.*, nº 400.

venons d'exposer. Elle avait, à vrai dire, dans deux arrêts successifs (1), décidé, d'une part, que le créancier, auquel un cohéritier a hypothéqué sa part indivise dans un immeuble dépendant de la succession, ne peut provoquer la vente contre le tiers acquéreur qu'après avoir fait procéder au partage de la succession, et d'autre part, que les collocations admises au règlement définitif d'un ordre ouvert sur le prix d'un immeuble de communauté, ne peuvent avoir pour effet de porter atteinte aux droits rétroactivement déterminés par l'acte contenant liquidation de la communauté, auquel elles sont toujours et nécessairement préexistantes. Ces deux décisions se rattachaient manifestement au principe de la première opinion, déjà consacrée, nous l'avons vu, par plusieurs arrêts de Cours d'appel, et il y avait lieu de présumer que, le cas échéant, la Cour de Cassation n'hésiterait pas à se prononcer dans le même sens. C'est pourtant le contraire qui s'est produit, et la Chambre civile, dans un arrêt du 14 décembre 1887 (*Gaz. Pal.*, 88,1,30), prenant nettement partie en faveur de la seconde opinion, celle que nous défendons, a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Montpellier, du 5 mars 1885, lequel avait maintenu, dans un ordre ouvert sur les prix d'immeu-

(1) Req. rej., 16 janvier 1833, *Sir.*, 33, 1, 87 ; Civ. cass., 18 juin 1834, *Sir.*, 34, 1, 733.

bles vendus pour le compte d'une société civile de trois-personnes, la collocation prononcée au profit des créanciers hypothécaires de deux des associés alors cependant que, par l'effet de la liquidation de la société, les prix en distribution avaient été attribués exclusivement au troisième. L'arrêt rendu par la Chambre civile est remarquable, non seulement en ce qu'il consacre de la façon la plus formelle une opinion jusqu'à présent explicitement ou implicitement repoussée par la jurisprudence, mais encore en ce qu'il donne une vue d'ensemble sur la doctrine actuelle de la Cour suprême au point de vue du sort des hypothèques constituées par un copropriétaire pendant l'indivision. Aussi croyons-nous qu'il n'est pas inutile de le reproduire ici *in extenso* :

La Cour,

« Sur le moyen unique du pourvoi :

« Attendu que la disposition de l'article 883 du Code civil a son application toutes les fois que les propriétaires par indivis d'immeubles font cesser cette indivision par un partage ou une licitation, qui attribue à l'un d'eux les objets qu'ils possédaient indivisément ;

« Attendu que, dans ce cas, par une fiction, qui a un but de simplification, la loi fait remonter la propriété qui a été déterminée par le partage ou la licitation au jour où l'indivision a commencé ;

qu'elle efface ainsi, quant à ses effets juridiques, cette période de l'indivision, et que les droits constitués pendant ce temps sur les choses partagées ou licitées ne subsistent plus qu'en tant qu'ils peuvent frapper celui qui est devenu propriétaire de ces choses par le partage ou la licitation ;

« Mais attendu qu'il n'en saurait être ainsi quand les propriétaires ne partagent ni ne licitent entre eux les objets possédés indivisément, mais les vendent à des tiers ; qu'à la propriété indivise des objets possédés par eux succède alors la propriété de prix de vente, divisés conformément au principe écrit dans l'article 1220 du Code civil ; que dans ce cas, il n'est pas possible de réputer propriétaires, avant la vente, les tiers qui, auparavant, n'avaient aucune espèce de droit sur les objets par eux acquis : que la période d'indivision n'est donc effacée par aucune fiction légale; qu'elle subsiste dans toute sa réalité, et que les droits constitués sur les objets possédés indivisément subsistent aussi avec les effets juridiques que leur a donnés la convention des parties ;

« Attendu que les prix distribués dans l'ordre ouvert devant le Tribunal de Carcassonne sont ceux de parcelles du domaine de M., vendues à des tiers par T., L. et R., qui s'étaient associés pour l'achat et la revente de ce domaine ; que les hypothèques, constituées par L. et R. pendant l'indivision, étaient

valables sur la part indivise qu'ils avaient dans les immenbles hypothéqués ; qu'elles n'ont pu être effacées par la vente de ces immeubles à des tiers, et l'attribution des prix de ventes que les associés ont faite à l'un d'eux dans la liquidation de leur société ; qu'elles doivent valoir sur la portion du prix qui représente la part qu'avait, dans la propriété, celui qui les a constituées ; qu'en le décidant ainsi, l'arrêt attaqué n'a violé aucune des dispositions de loi invoquées par le pourvoi, mais en a fait une juste application :

Rejette. »

116. Il va de soi que les règles précédentes ne s'appliqnent aux associés qu'autant que la société n'a pas la personnalité civile, car c'est seulement en cette hypothèse qu'il est possible de considérer les associés comme copropriétaires des immeubles dépendant de la société. Dès l'instant ou celle-ci forme une personne civile, les biens sociaux cessent d'appartenir aux associés, même pour leur part sociale : ils deviennent la propriété exclusive de la société, être moral distinct des personnes des associés, et ne sont, par suite, valablement hypothéqués que par la société, c'est-à-dire par ceux qui ont pouvoir de le faire en son nom. Quant aux associés considérés individuellement, ils n'ont plus qu'un droit purement mobilier, représenté par une action ou part d'intérêt (art. 529, C. civ.), en sorte

que l'hypothèque qu'ils consentiraient sur un immeuble social devrait être traitée comme hypothèque de la chose d'autrui.

Mais cela n'est vrai que pendant la durée de la société. Après sa dissolution, l'indivision s'établit entre les associés, et cet état d'indivision leur permet, tout au moins en principe, d'hypothéquer les immeubles dépendant de la société dissoute. *En principe*, disons-nous, car, en fait, malgré la dissolution de la société, et aussi longtemps qu'elle n'a pas été liquidée, l'hypothèque consentie par un associé sur un immeuble social ne serait efficace que si elle ne gênait pas les opérations de la liquidation : elle tomberait notamment au cas où le liquideur viendrait à aliéner, dans l'intérêt de la liquidation, l'immeuble hypothéqué (1). On admet, en effet, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence, qu'après la dissolution, la société dissoute conserve une sorte de vie utile pour sa liquidation, qu'elle se survit pour ainsi dire à elle-même comme être moral, jusqu'au partage, en tant que cela peut être nécessaire pour sauvegarder les droits des créanciers sociaux et pour ne pas entraver les opérations de la liquidation (2).

(1) Cf. MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 267. — Req. rej., 29 mai 1865, *Dall.*, 65, 1, 380.

(2) V. notam., sur ce point, MM. Lyon-Caen et Renault, *Pr. de dr. comm.*, t. I, nº 563. — Req. rej., 16 août 1880, *Dall.*, 82, 1, 80.

Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut, bien entendu, que la société ait constitué une personne morale pendant sa durée, car on ne comprendrait pas que la circonstance de la liquidation fît acquérir à une société une personnalité qu'elle n'avait pas avant d'être dissoute (Paris, 8 août 1870, *Dall.* 71, 2, 7).

On voit, par ce qui précède, combien il importe de distinguer suivant que la société forme ou ne forme pas une personne morale, pour déterminer les pouvoirs des associés à l'effet de consentir des hypothèques sur les immeubles sociaux. Nous ne pouvons cependant, malgré l'intérêt qu'elle présente en notre matière, examiner ici la question de savoir quelles sont les sociétés qui forment des personnes morales, car cet examen nous entraînerait bien au delà des limites de notre sujet. Bornons-nous à constater que la personnalité des sociétés commerciales, présupposée par plusieurs textes de lois (V. notam. les art. 529, C. civ., 69-6°, Pr., 438-2° et 531, C. com.), est admise sans difficulté par la doctrine et la jurisprudence; on ne fait d'exception à cet égard que pour les associations en participation (1). Mais la question est gravement controversée pour les sociétés civi-

(1) Cf. MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 527. — Req. rej., 22 décembre 1874, *Dall.*, 76, 1, 72.

les (1) ; il y a des arrêts dans les deux sens, et la doctrine n'est pas moins divisée. Sans entrer dans les détails de cette controverse, nous croyons devoir admettre qu'en l'absence d'un texte de loi bien positif la leur reconnaissant d'une manière générale, les sociétés civiles n'ont pas en principe la personnalité juridique (2). Toutefois, cette qualité appartient à certaines sociétés civiles en vertu de dispositions expresses. Telles sont : les sociétés à capital variable, tantôt civiles, tantôt commerciales selon la nature de leurs opérations habituelles (art. 53, Loi du 24 juillet 1867), les associations syndicales (art. 3, Loi du 21 juin 1865) et les sociétés de mines (art. 8, Loi du 21 avril 1810). Il en est de même, suivant l'opinion générale, et cette exception très-rationnelle est d'une importance capitale, lorsqu'une société civile a été établie et fonctionne sous l'une des trois formes commerciales, prévues par l'article 19 du Code de commerce : on lui applique alors les règles des socié-

(1) Nous n'entendons évidemment parler ici que des seules sociétés dont l'objet est la réalisation de bénéfices par l'emploi des capitaux ou de l'industrie des associés, et non des sociétés littéraires, scientifiques, charitables, politiques, religieuses, etc., qui ne constituent pas de véritables sociétés dans le sens de l'article 1832 du Code civil, et sont du ressort des lois administratives ou pénales.

(2) En ce sens, MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 377, p. 546, texte et note 16 ; Boistel, *Pr. de dr. comm.*, nº 163 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, nº 290 ; Pont, *Soc. civ. et comm.*, t. I, nos 124 et s. — Civ. rej., 29 juin 1853, *Dall.*, 54, 1, 288 ; Nancy, 18 mai 1872, *Dall.*, 73, 2, 103.

tés de commerce tenant à leur forme, notamment, si elle est en commandite ou anonyme, les dispositions de la loi du 24 juillet 1867, mais en retour on lui reconnaît l'avantage de la personnalité, ce qui est sans inconvénient pour les tiers, l'existence de la société comme être moral se trouvant révélée au public par les formalités de publicité auxquelles elle s'est soumise en adoptant une forme commerciale (1).

117. Parmi les sociétés civiles, il en est une, d'une espèce particulière, qui donne à l'un des associés des pouvoirs bien autrement étendus que ceux d'un simple copropriétaire : c'est la communauté entre époux. Le mari en est, suivant l'ancienne formule du droit coutumier, *seigneur et maître*, au moins dans une large mesure, et il peut notamment, en vertu de l'article 1421 du Code civil, consentir seul, sur les biens qui la composent, des hypothèques aussi pleinement valables que si elles étaient constituées par un propriétaire exclusif. L'effet rétroactif du partage, applicable au partage de la communauté comme au partage des successions (art. 1476, C. civ.), n'empêchera donc pas que la femme ne soit tenue de respecter sur les immeubles mis dans son lot, les hypothè-

(1) V., sur ce point, MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, § 54, pp. 188 et 189, texte et notes 20 à 22, 27 et 28 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, nº 536. — Civ. cass., 3 février 1868, *Dall.*, 68, 1, 225 ; Paris, 27 février 1878, *Dall.*, 78, 2, 257.

ques constituées par le mari pendant la durée de la communauté. Mais, bien entendu, la fiction de l'article 883 conservera tout son empire sur les hypothèques que le mari aurait consenties depuis la dissolution de la communauté : elles seront consolidées ou anéanties, selon que les immeubles grevés tomberont dans le lot du mari ou dans celui de la femme. C'est qu'en effet, à partir de la dissolution et jusqu'au partage, le mari n'a plus, sur les biens provenant de la communauté, que les droits d'un simple copropriétaire par indivis.

Quant à la femme, elle peut évidemment hypothéquer un immeuble de la communauté avec l'autorisation du mari, car, s'il est vrai que celui-ci a seul, pendant la durée de l'association conjugale, le pouvoir d'hypothéquer les biens communs, rien ne l'empêche cependant de s'en dessaisir plus ou moins complètement au profit de sa femme : c'est ce qu'il fait en l'autorisant. En définitive, l'autorisation du mari lève l'obstacle qui s'opposait à ce que la femme exerçât son droit de copropriété, à ce qu'elle usât de la faculté qui appartient à tout communiste de conférer hypothèque sur un immeuble commun. Il faut bien entendre, au surplus, que, malgré l'autorisation du mari, la femme n'agit que comme simple copropriétaire, et qu'en conséquence l'hypothèque par elle consentie ne sera

maintenue, par application de l'article 883, que si l'événement du partage met dans son lot l'immeuble grevé. Une simple autorisation donnée par le mari ne saurait, en effet, entraîner pour lui l'obligation de subir l'hypothèque constituée par la femme, car il est de principe que celui qui se borne à autoriser ne s'oblige pas : *Qui auctor est non se obligat.* Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que le mari eût figuré à côté de la femme au contrat d'hypothèque, non comme *auctor*, mais comme *actor*, ou au moins qu'il eût formulé son autorisation en termes tels qu'elle pût s'analyser en un mandat donné à la femme à l'effet d'hypothéquer l'immeuble commun. Mais alors c'est comme l'ayant constituée lui-même ou par mandataire que le mari serait obligé de respecter l'hypothèque grevant l'immeuble mis dans son lot, et il n'y aurait encore là que l'application pure et simple du principe consacré par l'article 883.

Est-il besoin d'ajouter que notre raisonnement suppose résolue dans le sens de la négative la question de savoir si la communauté constitue une personne morale, distincte de la personne des deux époux? Nous sommes en cela d'accord avec la majorité des auteurs et la jurisprudence (1). Les

(1) Cf. MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 505, p. 277, texte et note 2, et les sources auxquelles ils renvoient ; Laurent, *op. cit.*, t. XXI, nº 197. — Civ. rej., 18 avril 1860, *Dall.*, 60, 1, 185.

dispositions dans lesquelles le législateur parle de la *communauté* et lui fait jouer le rôle de propriétaire, créancière ou débitrice, peuvent très-bien s'appliquer aux époux eux-mêmes en tant que communs en biens. On ne saurait donc en induire que le législateur a entendu personnifier la communauté au point de vue juridique. D'ailleurs, l'idée de la personnalité civile de la communauté est en contradiction absolue avec la situation faite par la loi au mari, dont les biens se confondent avec ceux de la communauté, à tel point que le créancier de celle-ci du chef de la femme peut se payer sur les uns aussi bien que sur les autres (art. 1419, C. civ.). Au surplus, et cela est pour nous décisif, les articles 1423, pour le mari, 1492, pour la femme, montrent jusqu'à l'évidence que le législateur a considéré la communauté comme constituant entre les époux un simple état de copropriété. C'est donc avec juste raison que nous avons pu faire remonter, dans notre démonstration, l'effet rétroactif du partage jusqu'à une époque antérieure à la dissolution de la communauté.

118. Avant d'en finir avec l'examen du sort de l'hypothèque constituée par un copropriétaire, signalons sans commentaire la disposition du dernier alinéa de l'article 3 de la loi du 10 juillet 1885, sur l'hypothèque maritime, aux termes duquel « dans le cas où l'un des copropriétaires voudrait hypo-

théquer sa part indivise dans le navire, il ne pourra le faire qu'avec l'autorisation de la majorité, conformément à l'article 220 du Code de commerce ». Cette disposition destinée à faire prévaloir l'intérêt du navire sur celui de chacun des copropriétaires, a eu son contre-coup dans l'article 17 de la même loi, qui a étendu à tous les cas de copropriété la dérogation à l'article 883 du Code civil qu'avait édictée l'article 18 de la loi du 10 décembre 1874, pour les seuls cas, très-fréquents, d'ailleurs, en pratique, où la copropriété du navire ne résultait ni d'une succession, ni de la dissolution d'une communauté conjugale. De là suit qu'en matière d'hypothèque maritime, quelle qu'ait été la cause de l'indivision, l'hypothèque consentie par un copropriétaire subsiste après le partage ou la licitation, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant que le navire tombe ou ne tombe pas au lot du constituant.

Signalons également le deuxième alinéa du même article 3, lequel est ainsi conçu : « Si le navire a plusieurs propriétaires, il pourra être hypothéqué par l'armateur titulaire pour les besoins de l'armement ou de la navigation, avec l'autorisation de la majorité, telle qu'elle est établie par l'article 220 du Code de commerce, et celle du juge, comme il est dit à l'article 233. »

2° Le constituant est propriétaire sous condition résolutoire

119. Une fois accomplie, la condition résolutoire rétroagit à l'origine du droit qu'elle affecte, de sorte qu'elle l'anéantit non seulement dans l'avenir, *ex nunc*, mais aussi dans le passé, *ex tunc*. A vrai dire, la loi ne formule expressément ce principe qu'à propos du droit de créance (art. 1183), mais, ainsi que nous allons le voir, elle en suppose l'existence quant au droit de propriété dans de nombreuses dispositions qui n'en sont que la conséquence.

Ceci posé, comme le droit du constituant est la mesure de celui du créancier, il est clair que l'hypothèque constituée par un propriétaire sous condition résolutoire sera censée n'avoir jamais existé si la condition se réalise, conformément à la maxime *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Telle serait, nous l'avons vu, l'hypothèque consentie par l'acheteur à réméré, en cas de remboursement du prix dans le délai convenu (art. 1673). Telle serait aussi l'hypothèque constituée soit par le donataire, si la donation était révoquée pour survenance d'enfant (art. 963), ou pour inexcution des conditions (art. 954), soit par le légataire, s'il encourait la révocation de son titre pour n'avoir pas exécuté les charges imposées par le testateur (art. 1046), soit encore par le grevé de substitution permise, en cas de survie des appe-

lés, pourvu toutefois que ceux-ci n'aient ni répudié la substitution ni accepté purement et simplement la succession du grevé, ni bien entendu, ratifié expressément ou tacitement l'hypothèque consentie par leur auteur (Trib. civ. Seine, 7 décembre 1885, *Le Droit*, 14 janvier 1886), et que d'ailleurs les formalités de publicité prescrites par l'article 1069 aient été dûment remplies (art. 1070 et 1071). Tomberait également, si la condition venait à se réaliser, l'hypothèque constituée par le donataire sur un immeuble dont le donateur a stipulé le retour à son profit soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants (art. 951 et 952). Il en serait de même enfin de l'hypothèque consentie par un donataire sur un immeuble soumis au rapport en nature (art. 865) ou à la réduction (art. 929).

120. Dans ces diverses dispositions la loi ne fait qu'appliquer la règle écrite dans l'article 2125. Cette règle n'est cependant pas tellement absolue qu'elle ne comporte quelques exceptions. Il est, en effet, des hypothèques dans lesquelles la résolution du droit du constituant n'entraîne pas celle de l'hypothèque procédant de son chef. On dit alors que la résolution se produit sans effet rétroactif, *ut ex nunc*. C'est ce qui a lieu, par exemple, en cas de révocation d'une donation pour cause d'ingratitude : « La révocation pour cause d'ingrati-

tude, dit l'article 958, ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire, *ni aux hypothèques* et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation... »

121. Quand la loi nous dit elle-même que dans telle circonstance la résolution du titre du propriétaire ne portera pas atteinte aux droits des tiers, il n'y a pas de difficulté possible. Mais ce n'est pas là le cas ordinaire, et, dans maintes hypothèses, on se demande si, malgré le silence de la loi, il ne faut pas écarter l'application de la règle *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. La question se pose notamment à propos de l'héritier déclaré indigne pour une des causes énoncées en l'article 727; elle se pose aussi lorsque le grevé de substitution est déchu de son droit en vertu de l'article 1057, pour n'avoir pas fait nommer le tuteur à la substitution, et encore lorsque l'usufruitier perd son usufruit pour cause d'abus de jouissance, par application de l'article 618. Doit-on dans ces hypothèses, les seules que nous entendions examiner ici, décider que la résolution du droit du constituant entraîne celle de l'hypothèque?

La loi ne s'étant pas expliquée, l'interprète est naturellement conduit à rechercher s'il n'existe pas un principe supérieur qui puisse lui servir de guide. Ce principe, Loyseau le tire, et nous croyons qu'il est dans le vrai, de cette idée que nul ne peut

par son fait porter atteinte aux droits qu'il a concédés. Il est une très-belle théorie de droit, dit-il, « à savoir que quand la résolution se fait pour une cause nécessaire, alors les hypothèques contractées depuis le contrat sont résolues; mais quand elle se fait par la volonté de celui qui les a contractées, alors elles ne se peuvent résoudre, afin qu'il ne soit en la puissance du débiteur d'amortir l'hypothèque quand il voudra, qui est la distinction qu'il faut tenir pour générale en tous les cas auxquels cette question peut échoir » (*Du déguerpissement*, liv. VI, chap. III, n° 6). En d'autres termes, Loyseau distingue entre la résolution qui a sa cause dans un fait ancien, inhérent à l'acte d'acquisition et indépendant de la volonté du constituant, *ex causa antiqua et necessaria*, auquel cas elle opère *erga omnes*, et la résolution qui a sa cause dans un fait nouveau, postérieur à l'acte d'acquisition et émanant de la volonté du constituant, *ex causa voluntaria*, auquel cas, bien qu'elle anéantisse le droit de celui-ci, elle ne préjudicie pas aux droits des tiers.

C'est là, on ne saurait le nier, une distinction équitable. Il semble, de plus, que ce soit celle que les rédacteurs du Code ont entendu consacrer, ainsi qu'on peut l'induire de la façon différente dont ils ont réglé les effets à l'égard des tiers de la révocation de la donation, suivant que cette révoca-

tion a lieu pour cause d'inexécution des conditions ou de survenance d'enfant, ou qu'elle est prononcée pour cause d'ingratitude (V. les art. 954 et 963, d'une part, 958, d'autre part), c'est-à-dire suivant qu'elle a sa cause dans un fait qui a dû entrer dans les prévisions des parties et que le donataire n'était pas le maître absolu d'empêcher, ou qu'au contraire, elle provient d'un événement imprévu et purement imputable au donataire.

Tenons-la donc pour bonne (1), et, tout en reconnaissant que son application peut être quelquefois délicate, prenons-la pour guide dans l'examen des difficultés dont nous nous proposons de chercher la solution.

122. Quel doit être, nous demandons-nous d'abord, le sort de l'hypothèque consentie par un héritier indigne, sur les biens héréditaires, avant la

(1) M. Laurent (*op. cit.*, t. XIII, nº 37) parait être d'un avis opposé. Il est très-vrai, dit-il, que la révocation pour cause d'ingratitude dérive d'un fait personnel et volontaire du donataire, mais cela est également vrai de l'inexécution des conditions. — Ce raisonnement ne tient pas, selon nous, suffisamment compte de ce fait que l'inexécution d'une condition, surtout en matière de donation, implique plutôt impossibilité que mauvaise volonté. La loi ne saurait prévoir que le *id quod plerumque fit*. — En vain, après cela, M. Laurent ajoute-t-il que si les tiers ne doivent pas s'attendre à ce que le donataire soit ingrat, ils ne doivent pas s'attendre davantage à ce qu'il n'exécute pas les charges ou à ce qu'un enfant lui survienne. — On peut répondre péremptoirement que l'ingratitude, comme tout acte de mauvaise foi, ne se présume pas, tandis que, lorsqu'un acte est fait sous condition, la défaillance de cette condition entre toujours dans les prévisions des parties.

déclaration d'indignité ? De l'analogie de situation qui existe entre l'héritier indigne et le donataire ingrat, quelques auteurs ont conclu que les deux cas doivent être gouvernés par les mêmes principes et qu'il faut, par conséquent, maintenir l'hypothèque constituée par l'héritier indigne (1). Cet argument d'analogie n'est pas décisif, car, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la disposition de l'article 958 doit ou non être interprétée restrictivement, le législateur lui-même, en traitant l'héritier indigne beaucoup plus rigoureusement que le donataire ingrat, a bien montré qu'il entendait ne pas considérer les deux situations comme analogues et ne pas appliquer les mêmes règles à l'une et à l'autre. C'est ce que fait fort exactement remarquer M. Demolombe (*Op. cit.*, t. XIII. n° 279). « Le donateur peut pardonner au donataire ingrat, dit-il, tandis qu'aucun pardon ne peut effacer devant la loi le tort de l'héritier indigne. Le donataire ingrat n'est tenu de restituer les fruits qu'à compter du jour de la demande (art. 958), tandis que l'héritier indigne doit rendre tous les fruits depuis l'ouverture de la succession (art. 729). La demande en révocation pour cause d'ingratitude doit être formée dans l'année, à compter du jour du délit, etc. (art. 957), tandis que la de-

(1) V. notam. MM. Demante, *op. cit.*, t. III, n° 38 *bis* IV ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, § 594, p. 292, texte et note 13.

mande en déclaration d'indignité peut être formée dans les trente ans qui suivent l'ouverture de la succession. »

Nous écartons également, comme insuffisant et surtout comme inexact, l'argument qui consiste à dire que, l'indignité ayant un caractère absolument pénal, ses effets doivent être, en vertu du principe de la personnalité des peines, restreints à la personne du coupable, et non étendus jusqu'aux tiers qui ont traité avec lui. L'indignité est, en effet, moins une peine qu'une déchéance civile et pécuniaire, qui enlève au coupable le profit que l'ouverture de la succession lui avait procuré. Telle était la manière de voir des jurisconsultes romains, qui décidaient qu'à la différence de l'action pénale, l'action en indignité n'était pas éteinte par la mort de l'indigne et pouvait être poursuivie contre ses héritiers (1). L'indignité conserva le même caractère dans notre ancienne jurisprudence ; il est vrai que l'hérédité, au lieu d'être attribuée au fisc, comme en droit romain, profitait aux cohéritiers de l'indigne, ou, à leur défaut, aux héritiers du degré subséquent, mais elle n'en resta pas moins une déchéance civile, frappant non seulement l'indigne, mais encore ses propres héritiers. « Il ne s'agit pas de la punition

(1) V. notam. Paul, loi 22, D., *De Sct. Sil. et Claud.*, XXIX, 5 ; Modestin, loi 9, D., *De jure fisci*, XLIX, 14.

personnelle du défunt, dit Furgole, à propos du décès de l'indigne, ce que la loi ne permet pas, puisqu'elle déclare le crime éteint, mais d'ôter à ses héritiers un bien dont leur auteur s'était rendu indigne » (*Traité des Testaments*, ch. VI, sect. III, n° 351). Rien dans les travaux préparatoires ni dans le texte du Code ne nous autorise à supposer qu'en passant dans la législation moderne, l'indignité ait pu être modifiée dans sa nature, au point de constituer aujourd'hui une sanction d'ordre exclusivement pénal. Elle est restée, nous n'en doutons pas, une déchéance civile, à laquelle, par conséquent, le principe de la personnalité des peines ne saurait être appliqué.

Ce qui est incontestable, car l'article 729 le dit expressément, c'est que l'héritier indigne est « exclu de la succession » et « tenu de rendre tous les fruits et les revenus dont il a eu la jouissance depuis l'ouverture de la succession ». Il est non moins certain que l'exclusion de l'indigne ne profite pas en principe à ses propres héritiers, mais à ses cohéritiers, ou, à leur défaut, aux héritiers du degré subséquent, ce qui n'est pas précisément la même chose ; l'article 730 dit, il est vrai, en propres termes, que les enfants de l'indigne ne sont pas exclus par la faute de leur père ; mais il ne faut pas oublier que cet article n'a d'autre objet que d'effacer une injustice de notre ancien droit,

en faisant rentrer les enfants dans le droit commun des autres héritiers de l'indigne, et qu'il exige, en conséquence, que les enfants de l'indigne viennent à la succession de leur chef, autrement dit qu'ils y arrivent en ordre utile, en vertu d'une vocation propre, ce qui laisse en dehors les cas nombreux où ils ne seraient pas du degré appelé à succéder et où ils ne pourraient invoquer aucun droit personnel sur la succession. Nous sommes donc en présence d'une déchéance dont les effets sont résolutoires et rétroactifs, et qui atteint, en principe, même les héritiers du coupable. Tel est le résultat auquel on arrive par le simple examen du texte de la loi, résultat qui n'est autre que celui auquel conduirait l'application à notre hypothèse de l'article 1183, qui règle les effets de la condition résolutoire. De là à dire que l'indignité peut être opposée aux ayants cause à titre particulier de l'indigne, il n'y a qu'un pas. C'est, au reste, l'application pure et simple du droit commun : on ne transmet pas plus de droits qu'on n'en a soi-même. Si le législateur avait voulu établir, à cet égard, une différence entre les ayants cause à titre particulier et les ayants cause à titre universel de l'indigne, il n'aurait pas manqué de s'en expliquer en termes formels. Il ne l'a pas fait. Sur quoi nous baserions-nous pour le faire à sa place? Nous croyons donc être d'accord avec la loi en dé-

cidant que les hypothèques, consenties par l'indigne antérieurement à la déclaration d'indignité, tombent, comme émanant *a non domino*, dès que disparaît le titre du constituant.

Cette solution trouve un point d'appui très-solide dans la distinctiondont nous avons admis le principe sous le numéro précédent. Sans doute, dans l'indignité comme dans l'ingratitude, le fait qui donne naissance à la résolution du droit du constituant émane de la volonté de celui-ci, en ce sens que le constituant doit s'en prendre à lui-même de la déchéance qui le frappe. Mais, tandis que le titre du donataire ingrat, absolument inattaquable à son origine, n'est devenu révocable que par suite d'un fait nouveau, postérieur, le titre de l'héritier indigne est atteint d'un vice en quelque sorte congénital, au moins dans sa cause première. Il suit de là qu'au moment où les hypothèques dont nous nous occupons ont été constituées par l'héritier indigne, il n'était plus au pouvoir de celui-ci d'empêcher la résolution de son titre. C'est donc bien là une résolution qui a sa cause dans un fait ancien, inhérent à l'acte d'acquisition et indépendant de la volonté du constituant, *ex causa antiqua et necessaria*, résolution qui doit par conséquent, d'après notre distinction, opérer *erga omnes*.

Dans les explications qui précèdent, nous avons

implicitement admis, suivant en cela l'opinion consacrée par la jurisprudence et par la grande majorité des auteurs, que l'indignité ne peut produire ses effets que lorsqu'elle a été déclarée par une décision judiciaire. Il va sans dire, en effet, que la question que nous venons de résoudre ne se pose pas dans le système qui prétend que l'indignité est encourue de plein droit (En ce sens, M. Laurent, *op. cit.*, t. IX, nos 27 à 29).

123. Voyons maintenant si la déchéance prononcée, en vertu de l'article 1057, contre le grevé de substitution qui n'a pas rempli l'obligation que lui impose l'article 1056 de faire nommer dans un certain délai un tuteur à la substitution, est, comme la déchéance pour cause d'indignité, opposable aux créanciers hypothécaires du déchu. Comme point de départ, nous repoussons sans hésitation l'idée d'après laquelle, dans l'hypothèse qui nous occupe, le droit du grevé se trouverait résolu pour cause d'inexécution d'une condition de la libéralité qui lui a été faite. On ne peut pas dire, en effet, que le grevé acquiert les biens substitués sous la condition qu'il fera nommer un tuteur à la substitution. Ce n'est pas là une condition qu'on pourrait supposer écrite dans le titre constitutif. La nomination d'un tuteur n'étant qu'une simple mesure conservatoire, prescrite exclusivement dans l'intérêt des appelés, la déchéance encourue

par le grevé qui a négligé de la provoquer ne peut être elle-même qu'une autre mesure également conservatoire, destinée à suppléer à l'absence de la première. Sans doute cette mesure extrême prive le grevé négligent du bénéfice de la disposition, mais on ne voit pas comment elle pourrait faire que celui-ci n'ait pas été propriétaire jusqu'au jour où elle a été prise. En un mot, elle n'affecte pas le droit du grevé dans son principe, comme le ferait une condition résolutoire : son but, qui est double, est, d'une part, de punir le grevé de la faute qu'il a commise, en lui retirant la jouissance des biens substitués, d'autre part, de permettre aux appelés de veiller eux-mêmes ou par leurs représentants à la conservation de leurs droits, que la négligence du grevé menaçait de compromettre. Voilà évidemment quelle a été la pensée du législateur lorsqu'il a écrit l'article 1057. Aussi n'admettons-nous pas que l'ouverture anticipée de la substitution, qui résulte de cette déchéance, ait les mêmes effets, définitifs et absolus, que celle qui résulte de l'ouverture normale de la substitution par la mort du grevé ; elle n'est, selon nous, que provisoire et conditionnelle, tout dépendant en définitive de l'état de choses qui existera au décès du grevé.

Ceci posé, la solution que nous cherchons se dégage aisément. De deux choses l'une, en effet : il y a eu ou non transcription de l'acte de substitution.

Si la transcription n'a pas été effectuée, les créanciers hypothécaires, qui n'ont pas été légalement informés que le grevé n'avait qu'une propriété périssable, peuvent, quel que soit le parti qu'on prenne dans la question que nous venons de trancher, invoquer la disposition de l'article 1070 pour le maintien de leurs droits. « On ne concevrait pas, lisons-nous dans un arrêt rendu en ce sens par la Cour de Caen (Caen, 1er juillet 1856, *Sir.*, 58, 2, 205), que le droit des tiers, qui repose uniquement sur le défaut de transcription, et sur l'ignorance légale, qui en résulte pour eux, fût différent, suivant que la formalité de la nomination d'un tuteur, qui ne se révèle à eux par aucune espèce de publicité, aura été ou n'aura pas été remplie. » Si la transcription a été effectuée, les créanciers hypothécaires ont été éclairés sur la véritable situation de leur auteur ; ils ont su qu'ils acquéraient des droits subordonnés à la condition de la non-existence d'appelés lors du décès du grevé. Est-il admissible que celui-ci puisse, par son fait, changer la position en vue de laquelle ses ayants cause ont consenti à traiter avec lui ? Évidemment non. C'est au décès du grevé que doit avoir lieu le règlement définitif de leurs droits : il est impossible que ceux-ci soient aénantis avant cette époque. Furgole le décidait ainsi dans l'ancien droit : « Il ne me paraît pas douteux, disait-il, qu'une telle restitu-

tion forcée doit laisser dans leur entier tous les droits des créanciers et des tiers acquéreurs, parce que leur condition ne doit pas devenir pire par le fait du grevé ; et, quoique la restitution anticipée soit forcée, elle est occasionnée néanmoins par des faits qui sont volontaires dans leur principe » (Sur l'art. 42 du tit. Ier de l'Ord. d'août 1747). La même solution s'impose encore aujourd'hui, car la raison donnée par Furgole repose sur une idée toujours vraie, sur cette idée que nul ne peut par son fait porter atteinte aux droits qu'il a concédés. C'est cette idée qui a conduit le législateur à réserver expressément, dans l'article 1053, les droits des créanciers du grevé, lorsque celui-ci fait un abandon volontaire de sa jouissance au profit des appelés. Il est vrai que la loi est muette dans le cas d'abandon forcé, dont nous nous occupons. Mais qui ne voit qu'il y a dans les deux hypothèses la même raison de décider, et que le législateur aurait pu, sans aucun inconvénient, garder le silence, dans l'article 1053, sur le maintien des droits des créanciers du grevé, comme il l'a fait dans l'article 1057 ? (1).

(1) En ce sens, MM. Demolombe, *op. cit.*, t. XXII, nº 624 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IV, nº 212 *bis* VII ; Laurent, *op. cit.*, t. XIV, nº 542. — Colmar, 14 août 1840, *Sir.*, 42, 2, 102. — *Contrà*, MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, § 696, p. 341, texte et note 38.

124. Les hypothèques constituées par l'usufruitier s'évanouissent-elles lorsque l'usufruit vient à cesser pour cause d'abus de jouissance? Telle est la dernière des trois questions dont nous avons entrepris l'examen.

Comme principe, tout le monde reconnaît, suivant la règle que nous avons prise pour guide, que les hypothèques doivent être maintenues lorsque l'usufruit s'éteint par le fait volontaire de l'usufruitier. Ainsi, il est universellement admis que l'extinction de l'usufruit, soit par l'effet d'une consolidation, au moins quand celle-ci se produit par un fait provenant directement de la volonté de l'usufruitier, soit par l'effet d'une renonciation, laisse intactes les hypothèques consenties par l'usufruitier.

Au point de vue spécial qui nous occupe, la solution est moins facile à dégager. Elle dépend, en effet, du sens dans lequel on tranche la question débattue de savoir quel est le fondement de l'extinction de l'usufruit par abus de jouissance. Faut-il dire qu'ayant acquis l'usufruit à la charge d'en jouir en bon père de famille, si l'usufruitier est déchu de son droit pour faits abusifs, c'est par l'effet d'une condition résolutoire tacite, qui remet, dans le passé, les choses au même état que si aucune concession n'avait été faite, et entraîne notamment l'extinction des hypothèques dont

l'usufruit était grevé? ou bien faut-il ne voir dans cette déchéance qu'une simple peine, devant rester personnelle au coupable, et ne pouvant, par suite, atteindre ses créanciers? On peut invoquer dans les deux sens des arguments très-solides, et l'hésitation est permise entre les deux systèmes. Cependant, sans vouloir traiter cette question avec tous les développements qu'elle comporte, nous croyons devoir nous prononcer en faveur de la seconde opinion, celle qui maintient les droits des créanciers hypothécaires.

A première vue, le texte de l'article 618 semble inconciliable avec cette solution. N'autorise-t-il pas, en effet, les créanciers à intervenir dans l'instance pour la conservation de leurs droits, ce qui semble impliquer la perte de ces mêmes droits dans le cas où ils n'interviendraient pas? D'un autre côté, ne dit-il pas que les juges peuvent prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ce qui doit s'entendre apparemment d'une extinction *erga omnes*, *in rem?* (1). A notre sens, ces objections sont loin d'être péremptoires, et il n'est pas impossible de concilier notre solution avec le texte de l'article 618, en observant, d'une part, qu'en permettant aux créanciers d'intervenir au procès, le législateur a vraisemblement songé, non aux

(1) Cf. MM. Demolombe, *op. cit.*, t. X, n° 750; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 465 *bis*.

créanciers ayant hypothèque sur l'usufruit, qui constituent l'infime minorité, mais aux créanciers chirographaires de l'usufruitier, auxquels l'extinction de l'usufruit est toujours préjudiciable, comme diminuant d'autant leur gage, quel que soit d'ailleurs le fondement qu'on assigne à l'extinction de l'usufruit pour cause d'abus de jouissance ; d'autre part, que, dans le troisième alinéa de l'article 618, la loi oppose « l'extinction absolue » à « la rentrée du propriétaire dans la jouissance sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier une somme déterminée », et montre bien, par cette antithèse, qu'extinction absolue de l'usufruit ne signifie pas ici extinction *erga omnes*, mais extinction sans compensation pour l'usufruitier.

Ces objections écartées, il n'est pas difficile de démontrer que la déchéance qui frappe l'usufruitier n'a pas son fondement dans l'accomplissement d'une condition résolutoire opérant *erga omnes*. S'il en était ainsi, en effet, les choses devraient, en conséquence de la résolution, être remises au même état qu'avant la constitution de l'usufruit, et notamment, dans le cas où celui-ci a été concédé à titre onéreux, le nu-propriétaire qui rentre dans la jouissance de sa chose, devrait être tenu de restituer le prix ou autre équivalent qu'il a reçu de l'usufruitier. Or, loin de l'obliger à faire cette restitution, le Code décide, ainsi que nous

venons de le voir, que les juges peuvent prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, sans la moindre compensation pour l'usufruitier. N'est-ce pas la preuve qu'il n'y a pas ici une véritable résolution avec effet rétroactif (1) ?

Du reste, pour produire ses effets à l'encontre des tiers, il faudrait, suivant la distinction que nous avons admise, que cette résolution du droit de l'usufruitier provînt *ex causa antiqua et necessaria*. Or, si l'on peut trouver à la rigueur, dans notre hypothèse, le fait ancien, inhérent à l'acte d'acquisition, dans l'obligation de jouir en bon père de famille, supposée écrite dans le titre constitutif, on y chercherait en vain le fait nécessaire, indépendant de la volonté de l'usufruitier. Ce qu'on y voit, au contraire, ce sont des faits essentiellement volontaires de la part de l'usufruitier, des abus de jouissance. C'est *ex causa voluntaria*, et non *ex causa necessaria*, que l'usufruit est anéanti. On ne saurait dès lors admettre qu'il entraîne dans sa chute les droits des créanciers hypothécaires de l'usufruitier, sans violer ce principe que nul ne peut par son fait porter atteinte aux droits qu'il a concédés.

Le nu-propriétaire peut, d'ailleurs, user d'un moyen bien simple pour faire tomber, en même temps que l'usufruit, les hypothèques consenties

(1) En ce sens, M. Laurent, *op. cit.*, t. VII, nº 86.

par l'usufruitier : il lui suffit de renoncer au bénéfice de l'article 618, et de demander la résolution proprement dite de l'usufruit, pour inexécution de la condition d'en conserver la substance, écrite dans l'article 578, en invoquant, suivant le mode d'établissement de l'usufruit, soit l'article 954, soit l'article 1046, soit enfin l'article 1183, pourvu toutefois, dans ce dernier cas, qu'il offre de restituer le prix de vente ou l'équivalent qu'il a reçu en échange de l'usufruit. Il est vrai qu'en cette circonstance, étant donnée l'espèce sur laquelle nous raisonnons, quel que soit le nom sous lequel on désigne l'action intentée par le nu-propriétaire contre l'usufruitier, il ne s'agit toujours en réalité que d'une résolution ayant sa véritable cause dans un fait volontaire de la part de l'usufruitier, en sorte qu'on pourrait retourner contre nous l'observation que nous présentions plus haut et nous répondre que, pour rester d'accord avec la logique, nous devrions décider que les hypothèques subsistent malgré la résolution de l'usufruit. Mais ce serait oublier que nous nous appuyons ici sur des textes formels, décidant que la résolution se produit *erga omnes*, textes facilement justifiables, du reste, même au point de vue où nous nous plaçons, car, lorsqu'on n'exécute pas une condition dans laquelle on a acquis une chose, c'est bien souvent plutôt par impossibilité que par

caprice. La loi ne prévoit que les cas généraux. Il reste toujours, du reste, aux tiers qui sont victimes d'une résolution imputable à leur auteur, le droit d'exiger de celui-ci la réparation du préjudice qu'il leur a causé par sa faute.

125. Cette remarque nous amène à dire quelques mots d'une question qui s'est posée plusieurs fois devant les tribunaux et sur la solution de laquelle il existe un léger désaccord dans la doctrine. Quand une vente, pour nous en tenir au contrat d'aliénation le plus usuel, est résolue en vertu d'une condition résolutoire, tout est remis au même état que si la vente n'avait jamais eu lieu (art. 1183); en conséquence, tous les droits réels établis sur la chose du chef de l'acheteur, notamment les hypothèques qu'il a consenties, tombent par application de la règle : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Sur ce point, tout le monde est d'accord. On admet également sans conteste qu'une résolution amiable de la vente, consentie de part et d'autre par les contractants à la suite d'un simple changement de volonté, d'un pur caprice, ne fait pas évanouir les droits que l'acheteur aurait concédés à des tiers sur la chose vendue, car il y a alors moins une résolution qu'une convention nouvelle, une revente, laquelle ne saurait préjudicier aux droits précédemment acquis par les tiers. Mais, s'est-on demandé, doit-

il en être de même lorsque la résolution amiable a lieu sans fraude, c'est-à-dire pour une cause nécessaire et légitime, telle, par exemple, que l'impossibilité où se trouve l'acheteur d'effectuer le paiement du prix, et qu'elle n'est accordée à l'amiable que dans le but sérieux d'éviter les frais d'un jugement de résolution inévitable? Oui, répond M. Laurent (*op. cit.*, t. XXIV, n° 371), parce qu'une résolution consentie à l'amiable n'offre jamais aux tiers les mêmes garanties qu'une résolution prononcée en justice. Rien ne leur prouve, en effet, que la résolution qu'on leur oppose avait réellement une cause nécessaire et légitime. Aussi est-il indispensable que la justice intervienne pour constater l'existence de cette cause, si l'on veut empêcher que les parties ne couvrent leur caprice ou leur fraude sous des prétextes. Mais cette manière de voir est repoussée avec juste raison par la jurisprudence et par la majorité des auteurs (1), car on ne comprend pas pourquoi l'acquéreur serait obligé de supporter les frais d'un jugement, alors qu'il n'est pas douteux que son droit sera résolu. Sans doute, des abus sont à craindre, mais il reste en ce cas aux tiers

(1) V. notam. Req. rej., 10 mars 1836, *Dall.*, 36, 1, 167 ; Bourges, 12 février 1853, *Dall.*, 53, 2. 175 ; Riom, 11 décembre 1865, *Dall.*, 66, 2, 179. — MM. Martou, *op. cit.*, t. III, n° 970 ; Pont, *op. cit.*, n° 646 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 268, texte et note 23.

lésés le droit de repousser la résolution amiable qu'on invoque contre eux, en démontrant qu'elle a été consentie sans nécessité et qu'elle n'est en réalité qu'une revente.

126. Ce serait ici le lieu de discuter une question fort intéressante et des plus controversées, la question de savoir si l'on doit valider l'hypothèque consentie sur un bien héréditaire par un héritier apparent qui a été ensuite évincé par l'héritier véritable. Mais, pour être fait convenablement, l'examen de cette question, qui ne se pose pas spécialement pour l'hypothèque et qui n'est qu'une des faces de la célèbre question de savoir si les actes de disposition accomplis par l'héritier apparent sont opposables à l'héritier véritable, nous obligerait à entrer dans l'exposé de diverses théories n'ayant qu'un rapport très-éloigné avec notre sujet. Aussi nous bornerons-nous à prendre parti dans la question, en indiquant sommairement son état actuel.

Si l'on s'en tient aux principes, la nullité de l'hypothèque consentie par l'héritier apparent ne paraît pas susceptible d'être mise en doute, car, dès lors que le véritable héritier se présente et triomphe dans sa prétention, il est clair que l'héritier apparent n'a jamais été héritier, c'est-à-dire propriétaire, et par suite qu'il n'a jamais eu le

pouvoir d'affecter hypothécairement un bien de la succession. C'est la conséquence toute naturelle du principe traditionnel *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, règle de bon sens, admise de tout temps, en droit romain (Ulpien, loi 54, D., *De reg. jur.*, L, 17) comme dans notre Code civil (V. notam. les art. 2125, 2182, etc.), et probablement dans toutes les législations. En l'absence d'un texte formel apportant, pour le cas dont nous nous occupons, une dérogation à un principe aussi certain, nous ne voyons pas comment un acte quelconque de disposition, accompli par l'héritier apparent, pourrait échapper à son application. En admettant même que l'héritier apparent puisse être considéré comme ayant été propriétaire au moment de la constitution d'hypothèque, la même solution s'imposerait encore, car le droit de propriété du constituant s'est trouvé résolu rétroactivement par le fait même de la survenance du véritable ayant droit, de sorte que l'héritier apparent, qui n'avait sur la succession qu'un droit résoluble, n'a pu transférer que des droits également résolubles (Cf. les art. 136 et 137 du Code civil, pour le cas où une succession a été déférée à un héritier plus éloigné que l'absent).

Le seul défaut de cette solution, irréprochable au point de vue des principes, c'est qu'elle conduit parfois à des conséquences excessivement rigou-

reuses pour ceux qui ont traité de bonne foi avec l'héritier apparent. Ce résultat est surtout sensible dans les cas fréquents où l'erreur des tiers a été invincible, parce qu'ils n'avaient aucun moyen de s'assurer que celui que la notoriété publique leur signalait comme le véritable héritier ne l'était pas en réalité. L'équité veut alors que le droit qu'ils ont cru légitimement acquérir ne leur soit pas retiré pu profit d'un héritier souvent coupable de négligence. Aussi la jurisprudence, sur laquelle l'empire des faits exerce une influence considérable, s'est-elle laissé toucher par cette situation des tiers et en est-elle arrivée, depuis longtemps déjà, à valider, au mépris des principes du droit pur, les droits réels, notamment les hypothèques et les aliénations, consentis par l'héritier apparent sur les biens héréditaires (1). Mais elle exige, comme conditions essentielles de cette validité, la bonne foi et la prudence de l'acquéreur ou du créancier hypothécaire ; sur le moindre soupçon de fraude ou de collusion avec l'héritier apparent, elle revient aux vrais principes et prononce la nullité de l'acte attaqué ; il en

(1) V. notam., pour la constitution d'hypothèque, Paris, 8 juillet 1833, *Sir.*, 33, 2, 455 ; Toulouse, 21 décembre 1839, *Sir.*, 40, 2. 168 ; Req. rej., 3 juillet 1877, *Sir.*, 78, 1, 38. — V. d'ailleurs, sur l'ensemble de la question, Civ. cass., Civ. rej., Civ. cass., 16 janvier 1843, *Sir.*, 43, 1, 97, et *Dall.*, 43, 1, 49 ; Civ. cass., 13 mai 1879, *Sir.*, 80, 1, 26 ; Req. rej., 4 août 1885, *Sir.*, 86, 1, 120 ; Limoges, 7 décembre 1886, *Sir.*, 87, 2, 29.

est de même lorsque le tiers a traité avec trop de précipitation ou de légèreté (Cf. Pau, 24 mars 1884, *Dall.*, 85, 2, 201), ou encore lorsque l'héritier apparent détenait les biens héréditaires en vertu d'un titre nul, tel qu'un testament faux, dont le vice était manifeste (V. notam. Paris, 16 mars 1866, *Dall.*, 66, 2, 97; *Req*, *rej.*, 4 août 1875, *Dall.*, 76, 1, 123).

Cette jurisprudence, qu'on peut aujourd'hui considérer comme définitivement fixée, malgré le peu d'harmonie qui existe dans ses décisions, n'invoque, à l'appui de son système, aucune raison de droit quelque peu solide. On ne saurait, en effet, considérer comme telle la théorie de la saisine collective, repoussée formellement par l'article 731 du Code civil (1). Aussi les auteurs qui admettent la solution de la jurisprudence ont-ils essayé de la justifier par d'autres arguments que les siens. Malheureusement les opinions des auteurs ne concordent pas plus que les décisions des arrêts. Chacun à son système. C'est, dit fort à propos M. Laurent, une véritable tour de Babel. M. Demante voit dans l'héritier apparent un possesseur légitime qui trouve dans cette qualité le pouvoir d'aliéner et partant d'hypothéquer (*Op. cit.*, t. III, n° 89 *bis* IV) ! M. Demolombe fait résider ce pouvoir dans un

(1) V. la critique que fait du système de la jurisprudence M. Laurent, *op. cit.*, t. IX, nos 562 et 563.

mandat conféré par la loi elle-même à l'héritier apparent, auquel, aux termes de l'article 136, la succession est *dévolue* (*Op. cit.*, t. II, nos 241 à 250). Mais cette idée est contredite par l'article 137 qui, d'une part, réserve les droits du véritable héritier, et d'autre part, permet au détenteur de l'hérédité d'opposer la prescription, ce qui serait incompréhensible si ce détenteur était un mandataire ; au surplus, l'idée de mandat serait-elle admise, il n'y aurait jamais là qu'un mandat conçu en termes généraux, n'embrassant par conséquent que les actes d'administration (art. 1988). MM. Aubry et Rau (*Op. cit.*, t. VI, § 616, p. 437, texte et note 32) assimilent, au point de vue du droit de disposition, l'héritier apparent à l'envoyé en possession définitive qui peut, quoique n'étant pas propriétaire, constituer sur les biens qu'il détient des droits réels opposables à l'absent de retour (art. 132). Mais cette exception se justifie par les délais qui précèdent l'envoi en possession définitive, délais tels qu'il est fort vraisemblable que l'absent ne reviendra jamais. On n'étend pas, d'ailleurs, une exception par analogie.

D'autres systèmes ont encore été proposés. Nous n'en parlerons pas, attendu que l'esquisse rapide que nous venons de faire des opinions dissidentes les plus considérables suffit à donner une idée de l'anarchie qui règne dans une partie de la doc-

trine sur la question dont nous nous occupons. Au reste, peut-être eût-il été bon d'introduire dans la loi une exception aux principes en faveur des tiers qui traitent de bonne foi avec un héritier apparent. Malheureusement cette exception n'existe pas, et malgré tous leurs efforts réunis, les auteurs et les tribunaux ne peuvent faire que l'existence de la bonne foi produise d'autres effets que ceux qui sont déterminés par la loi, c'est-à-dire l'acquisition des fruits (art. 549) et l'abréviation des délais de la prescription (art. 2265). Nous en concluons que les aliénations et hypothèques consenties par l'héritier apparent ne sont jamais opposables à l'héritier véritable, sauf bien entendu l'application possible des règles de la prescription (1).

127. Notre solution serait différente si l'hypothèque avait été constituée par une personne qui, en vertu d'un titre régulier et ostensible, apparaissait aux yeux des tiers comme propriétaire, bien qu'en réalité elle ne fût, d'après une contre-lettre destinée à rester secrète entre les parties, qu'un simple prête-nom. C'est qu'alors nous avons un texte, l'article 1321 du Code civil, qui décide

(1) En ce sens, Grenier, *Des hypoth.*, t. I, nº 51 ; Troplong, *Hypoth.*, t. II, nº 468 ; MM. Pont, *op. cit.*, nº 631 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, nos 561 et s. ; t. XXX, nº 464. — Rennes, 12 août 1844, *Sir.*, 44, 2, 450. — La jurisprudence belge est également en ce sens : V. notam. Cass. belge, 11 juillet 1878, *Sir.*, 79, 2, 108.

que la contre-lettre n'a pas d'effet contre les tiers. D'où il suit qu'à l'égard de ceux-ci, le prête-nom est propriétaire et jouit des pouvoirs attachés à ce titre, notamment de celui d'hypothéquer (1). Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'au moment où ils ont traité avec le propriétaire apparent, les tiers aient ignoré l'existence de la contre-lettre, car, s'ils l'ont connue, ils ne sauraient prétendre que leur attente a été déçue, et ils n'ont qu'à s'imputer à eux-mêmes le dommage qu'ils éprouvent (2).

3° Le droit de propriété du constituant est sujet à rescision.

128. En thèse générale, un acte rescindé est à considérer comme non-avenu. Les choses doivent donc être remises au même état que s'il n'avait jamais eu lieu. Il suit de là que les hypothèques constituées par celui dont la propriété est rescindée tombent comme ayant été consenties *a non domino*. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, l'hypothèque établie par l'acheteur d'un immeuble sera anéantie, si le vendeur fait rescinder la vente

(1) V. notam. Req. rej., 25 avril 1826, Dalloz, *Rép.*, v° Vente, n° 150, 5° ; Civ. cass., 30 mars 1836, *Sir.*, 36, 1, 506.

(2) Cf. MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, § 756 *bis*, p. 268, texte et note 21 ; Larombière, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1321, n° 10 ; Laurent, *op. cit.*, t. XIX, n° 192.

pour cause de lésion de plus des sept douzièmes. Pas n'est besoin d'insister sur ce point.

129. Il faut toutefois concilier cette proposition avec la théorie de Loyseau, dont l'application ne saurait, à notre sens, être restreinte au cas de résolution. Sans doute, à la différence de l'acte résoluble, l'acte rescindable est nécessairement atteint d'un vice qui l'affecte *ab initio*, dès sa formation. Mais, si la rescision a toujours sa cause dant un fait ancien, inhérent à l'acte d'acquisition, il peut arriver qu'elle ne soit pas indépendante de la volonté de celui dont le droit est rescindé. Au point de vue qui nous occupe, ce cas se produit toutes les fois que l'action en rescision compète au constituant lui-même. Maître de ne pas faire prononcer la rescision, le constituant qui la sollicite se dépouille par un acte personnel. Dès lors, pourrait-on, sans violer la règle que nul ne peut par son fait porter atteinte aux droits qu'il a concédés, décider que les hypothèques qu'il a consenties s'évanouissent en même temps que son droit sur l'immeuble? Une pareille solution serait inique; elle est inadmissible dans le silence du Code; il ne se peut pas, d'ailleurs, que le constituant ait le droit d'évincer lui-même ceux auxquels il doit garantie.

130. Voici, par exemple, un héritier majeur qui se fait relever de son acceptation pour l'une

des causes énoncées dans l'article 783. Que son droit soit anéanti rétroactivement, et ce pour une cause ancienne, *ex causa antiqua*, c'est ce qui n'est guère constestable. Mais il n'en faut pas moins reconnaître que l'héritier était libre de ne pas demander la rescision, et, par suite, que c'est par un acte volontaire qu'il s'est dépouillé, *ex causa voluntaria*. D'autre part, il y a lieu de remarquer que les créanciers auxquels il a conféré des hypothèques ne pouvaient pas soupçonner le vice de son acceptation; or, s'il est vrai que la bonne foi des tiers ne donne aucun droit à celui qui n'en a pas, on ne saurait se refuser à la prendre en considération lorsque le droit de celui avec lequel ils ont traité existait réellement. Cela étant, n'y aurait-il pas injustice à déclarer éteintes des hypothèques consenties à des tiers de bonne foi par celui qui était vrai et légitime propriétaire, surtout quand la perte de son droit, qu'ils devaient croire incommutable et pur de tout vice, provient d'un fait volontaire de sa part? Nous sommes d'autant plus à l'aise pour proposer cette solution que la loi a gardé le silence sur les effets de la rescision de l'acceptation. Or, si nous consultons le droit romain, nous y voyons que la restitution contre une acceptation d'hérédité restait sans effet contre les droits acquis à des tiers (Papinien, loi 31, D., *De minor. vig.*, IV, 4). Dans l'ancien droit,

Lebrun déclarait que « régulièrement dans les restitutions, on doit entretenir ce qui s'est fait de bonne foi » (*Successions*, liv. III, ch. I, n° 43). Si les rédacteurs du Code civil avaient eu l'intention de consacrer une doctrine différente, ils n'auraient pas manqué de le dire formellement. (En ce sens, MM. Troplong, *op. et loc. cit.*, n° 467 ; Demolombe, *op. cit.*, t. XIV, n° 569).

131. Un partage a eu lieu. L'un des copartageants après avoir constitué une ou plusieurs hypothèques sur un immeuble mis dans son lot, demande et obtient la rescision du partage pour l'une des causes indiquées dans l'article 887. Si, par le résultat du nouveau partage, le même immeuble retombe dans le même lot, il va sans dire que les hypothèques seront maintenues. Mais supposons que l'immeuble grevé tombe dans le lot d'un autre copartageant. Y entrera-t-il affranchi des hypothèques consenties par le demandeur en rescision?

Oui, dit-on généralement : l'annulation du partage fait qu'il n'y a jamais eu de partage ; le constituant, qui n'a jamais été propriétaire, n'a pas pu transmettre à des tiers plus de droits qu'il n'en avait lui-même (Cf. notam., M. Laurent, *op. cit.*, t. X, n^os^ 512 et s.). Cela est vrai, répondons-nous, en règle générale ; mais, dans le cas

particulier que nous examinons, le principe qui veut que la rescision réfléchisse contre les tiers doit céder le pas à cet autre principe, moins logique peut-être, mais plus juste assurément, que nul ne peut par son propre fait porter atteinte aux droits qu'il a concédés. Or, jusqu'à la rescision prononcée, le constituant était bel et bien propriétaire de l'immeuble mis dans son lot; les hypothèques par lui conférés sur cet immeuble étaient valables, comme ayant été consenties *a domino*; enfin, ceux avec lesquels il a traité n'avaient aucun moyen de connaître les vices de son titre. A elle seule, cette dernière considération ne suffirait pas, nous l'avons déjà dit, pour faire maintenir les droits des créanciers hypothécaires; mais il faut reconnaître que, jointe à celle qui la précède, elle acquiert une force considérable. Les créanciers ont traité avec celui qui était réellement, qu'ils croyaient et devaient croire *verus dominus*. Et l'on voudrait que celui-ci pût, par un fait volontaire de sa part, anéantir des droits qu'il a valablement conférés à des tiers de bonne foi, alors surtout qu'il s'agit de droits dont il doit garantie à ceux-ci ! Une pareille solution est non seulement inique, elle est encore antijuridique : *Qui doit garantir ne peut évincer.*

M. Demolombe admet ce raisonnement quand l'acte dont le maintien est en question est un

transfert de propriété (1) ; mais, par une singulière contradiction, il refuse de l'appliquer aux autres droits réels. Le législateur, dit-il (n° 504), se montre moins jaloux du maintien de simples fragments du droit réel de propriété que de la propriété elle-même ; ce qui le prouve, c'est que, dans le cas où le donataire d'un immeuble en avancement d'hoirie est tenu d'en effectuer le rapport, la loi maintient l'aliénation qu'il a consentie (art. 860), tandis qu'elle considère comme non avenues les constitutions de droits réels autres que le droit de propriété (art. 865). Cette confusion de principes, comme le dit M. Laurent (*loc. cit.*, n° 513), nous étonne de la part de l'éminent jurisconsulte. Qu'on se refuse à faire une distinction entre le cas ou la rescision du droit du constituant est prononcée sur sa demande et celui où elle a été provoquée par un autre que lui, nous le comprenons ; mais du moment qu'on admet la distinction dans un cas, nous ne voyons pas pourquoi on la repousserait dans les autres. A tort ou à raison, à tort selon nous (V. *infrà*, n° 163), dans une hypothèse voisine de la nôtre, le législateur de 1804 a pensé que l'intérêt public exigeait plus impérieusement le maintien des aliénations que celui des constitutions de droits réels. Mais il

(1) *Op. cit.*, t. XVII, n° 503. — V. égal. Demante, *op. cit.*, t. III, n° 237 *bis* III.

faut bien se garder d'assimiler les deux situations. Le créancier dont l'hypothèque est anéantie par l'effet du rapport a dû connaître l'éventualité menaçant le titre de son auteur ; il savait que le droit de celui-ci était résoluble, et que cette résolution, imposée par la loi elle-même, ferait évanouir son hypothèque. Au contraire, dans le cas où un partage vient à être rescindé dans les conditions que nous savons, la rescision surprend le créancier hypothécaire, qui ne pouvait s'attendre à voir son droit disparaître par le fait de son auteur. Il n'y a donc pas analogie entre les deux hypothèses. Et comme, après tout, le droit d'hypothèque est aussi respectable que le droit de propriété, on ne saurait, sans un texte formel, lui refuser la protection que l'on croit devoir accorder à ce dernier.

132. Ce que nous venons de dire de la rescision du partage peut être appliqué, pour les mêmes motifs, à la rescision ou à la nullité de toute autre convention. Si la nullité ou la rescision est prononcée à la requête du constituant, l'hypothèque qu'il a consentie sur l'immeuble acquis en vertu de l'acte annulé ou rescindé doit être maintenue, par application du principe que nul ne peut par son fait porter atteinte aux droits qu'il a concédés. Nous ne faisons aucune différence entre le cas où l'hypothèque aurait été conférée avant

que le constituant eût connaissance du vice dont la convention était atteinte et celui où elle aurait été créée après la découverte de ce vice. Dans un cas comme dans l'autre, le constituant doit garantie à son créancier hypothécaire, et cette circonstance l'empêche de détruire par un acte personnel et volontaire la sûreté qu'il lui a donnée.

133. Il ne faut voir là, d'ailleurs, comme nous l'avons dit par avance, qu'une exception à la règle que la rescision prononcée rétroagit contre les tiers, exception qui nous paraît imposée par un principe supérieur, mais qui doit, en sa qualité d'exception, être strictement limitée au cas auquel elle se réfère. Si la rescision du partage, ou de la convention quelconque ayant donné naissance au droit du constituant, avait été provoquée par un autre que lui, il va sans dire que la règle générale reprendrait son empire : la rescision réfléchirait contre le créancier hypothécaire. C'est là assurément une solution rigoureuse, mais c'est la seule conforme aux principes : l'équité ne saurait prévaloir contre le droit. Elle n'est, au surplus, que l'application pure et simple de la théorie de Loyseau, puisque la rescision procède alors *ex causa antiqua et necessaria*.

134. Nous ne discuterons pas ici la question de savoir si la rescision pour cause de dol doit être ou non, sur le point qui nous occupe, soumise à

la règle ordinaire. Avec la majorité des auteurs, nous admettons, en nous appuyant sur le texte de la loi (art. 1117), qui assimile le dol aux autres causes de rescision, que l'action en rescision fondée sur le dol, comme celle qui est fondée sur l'erreur, la violence ou la lésion, rejaillit en principe contre les tiers, acquéreurs, créanciers hypothécaires, etc. (1). On comprendra que nous n'insistions pas davantage sur cette question.

135. Si le constituant, sans avoir actuellement un droit de propriété reconnu sur l'immeuble, a, pour s'en faire déclarer propriétaire, une action en revendication, en nullité ou en rescision, il est à peine besoin de dire, après les explications qui précèdent, que le sort de l'hypothèque par lui consentie dès à présent dépend du résultat ultérieur de l'exercice de son action. Il y a là une situation analogue à celle dans laquelle se trouve celui qui hypothèque un immeuble sur lequel il n'a qu'un droit suspendu par une condition : la condition, dans notre hypothèse, c'est le succès du procès à intenter. Le constituant est-il débouté de sa demande, la condition ne se réalise pas, et l'hypothèque est nulle et non avenue, comme

(1) V. notam., en ce sens, MM. Demolombe, *op. cit.*, t. XXIV, nº 190 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, nº 27 *bis* III ; Laurent, *op. cit.*, t. X, nº 513 ; t. XIX, nºs 75 et s. ; Larombière, *op. cit.*, t. I sur l'art. 1116, nº 12.

ayant été consentie *a non domino*. Au contraire, triomphe-t-il dans sa prétention, la condition se réalise, et l'hypothèque, consentie par celui qui est reconnu n'avoir pas un seul instant cessé d'être propriétaire de l'immeuble, est valable *ab initio*. Tout le monde est d'accord sur ce point (1).

Faut-il ajouter que le même raisonnement doit être appliqué au cas où l'hypothèque a été consentie par le détenteur de l'immeuble litigieux, c'est-à-dire par celui contre lequel peut être exercée une des actions précédemment citées ? Le sort de la sûreté dépendra du résultat du procès : pleinement valable si le constituant triomphe, elle sera nulle et non avenue s'il succombe.

136. Tout ce qui précède montre à quel point les créanciers hypothécaires sont intéressés dans les procès où se trouve engagé le droit de propriété de leur auteur. Aussi convient-il, avant de passer à un autre ordre d'idées, de prendre part dans la question débattue de savoir si le créancier hypothécaire est légalement représenté par son débiteur dans l'instance soutenue par celui-ci quant à la propriété du bien hypothéqué, de telle sorte que le jugement rendu contre ce débiteur ait force de

(1) V. notam. MM. Pont, *op. cit.*, nos 636, 642 et 643 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 264, texte et note 11 ; Laurent, *op. cit.*, t. XXX, no 475.

chose jugée contre lui, comme s'il y avait été partie. Nous supposons, bien entendu, que l'hypothèque a été inscrite avant le commencement de l'instance ; il va sans dire, en effet, que le jugement serait opposable au créancier dont l'hypothèque n'aurait été rendue publique qu'une fois l'instance engagée.

M. Larombière (1) tient pour l'affirmative. L'hypothèque, dit-il, ne constitue pas un démembrement du droit de propriété, et le débiteur, ayant gardé son droit intact, a seul qualité pour le réclamer ou le défendre en justice. On a depuis longtemps répondu avec succès à cet argument qu'il est inutile de rechercher, pour la solution de la question, si l'hypothèque constitue ou non un démembrement de la propriété. Ce qui est au-dessus de toute controverse et suffit à trancher la difficulté, c'est que l'hypothèque est un droit réel (art. 2114), c'est-à-dire un droit absolu, opposable à tous, même au propriétaire ; cela est si vrai que celui-ci ne pourrait pas, en traitant avec un tiers, porter atteinte au droit du créancier hypothécaire. Et ce qu'il ne peut faire par convention, on voudrait qu'il pût le faire par jugement ! Il compromettrait en plaidant un droit qu'il ne peut pas compromettre en contractant ! C'est inadmissible. Les

(1) *Op. cit.*, t. VII, sur l'art. 1351, nº 117. — Dans le même sens, Merlin, *Questions de droit*, vº Opposition (tierce), § 1.

principes sur la chose jugée s'opposent à ce qu'on fasse dépendre le sort d'une hypothèque des chances judiciaires d'une instance soutenue par le propriétaire seul, comme les principes sur les conventions s'opposent à ce que les traités passés par le propriétaire relativement à sa propriété soient opposables au créancier hypothécaire.

Mais, dit-on, l'hypothèque ne peut être consentie que par le véritable propriétaire de l'immeuble ; or, le jugement décide que le constituant n'était pas propriétaire de l'immeuble sur lequel elle a été établie : elle doit donc s'évanouir, comme constituée *a non domino*. Cette objection va trop loin, car la vérité judiciaire n'est que relative, et la question est justement de savoir si les effets du jugement sur la propriété s'appliquent à l'hypothèque, quand le débiteur a été condamné en l'absence du créancier. L'ayant cause à titre particulier ne serait pas représenté par son auteur, tout le monde en convient, si au lieu d'être un créancier hypothécaire, c'était un acheteur, un usufruitier ou le titulaire d'une servitude. Pourquoi cette différence ? Est-ce que l'acquisition du droit réel d'hypothèque ne doit pas être régie par les mêmes principes que l'acquisition du droit réel de propriété, d'usufruit ou de servitude ? Dès lors que l'on admet, et nous ne voyons pas comment l'on pourrait s'y refuser, le caractère rela-

tif de la chose jugée pour ou contre le propriétaire par rapport aux transmissions de propriété ou aux constitutions de servitude ou d'usufruit, on doit nécessairement l'admettre de même par rapport aux constitutions d'hypothèque.

C'est ce que décident généralement les auteurs (1). Vers le milieu du siècle, la Cour de Cassation qui, jusqu'en 1841, avait invariablement consacré le système que nous combattons, avait paru disposée à revenir sur sa jurisprudence ; mais ce revirement n'a été que momentané, et, depuis de nombreuses années déjà, les arrêts de la Cour régulatrice sont de nouveau unanimes à considérer le débiteur comme représentant non seulement ses créanciers chirographaires, mais aussi ses créanciers hypothécaires, dans les instances où son droit de propriété est en cause (2).

Cependant la jurisprudence et M. Larombière semblent faire une concession à l'opinion générale

(1) V. notam. MM. Valette, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1844, t. I, p. 27 ; Pont, *op. cit.*, n° 647 ; Martou, *op. cit.*, n° 967 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, § 769, pp. 375 et 376, texte et note 39 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 328 *bis* XIX ; Demolombe, *op. cit.*, t. XXX, n° 363 ; Laurent, *op. cit.*, t. XX, n^os^ 105 et 106.

(2) Req. rej., 16 juin 1811, *Sir.*, 11, 1, 337 ; Civ. cass., 21 août 1826, *Sir.*. 27, 1, 156 ; Req. rej., 3 juillet 1831, *Sir*, 32, 1, 127 ; Req. rej., 26 mai 1841, *Sir.*, 41, 1, 749 ; Civ. cass., 13 décembre 1864, *Sir.*, 65, 1, 27 ; Req. rej., 15 juillet 1869, *Sir.*, 69, 1, 456 ; Civ. rej., 8 janvier 1883, *Sir.*, 83, 1, 116. — *Contrà*, Civ. rej., 28 août 1849, *Sir.*, 50, 1, 49 ; Req. rej., 3 août 1859, *Sir.*, 59, 1, 801 et 810.

des auteurs, en admettant que les créanciers hypothécaires sont même abstraction, faite de toute idée de fraude, recevables à attaquer par la voie de la tierce opposition le jugement rendu contre leur débiteur, lorsqu'ils ont à faire valoir des moyens qui leur sont propres, et que le débiteur n'avait pas qualité pour invoquer (1). Il faut reconnaître que cette concession de la jurisprudence diminue de beaucoup l'intérêt de la question, car il n'est pas à présumer que les créanciers hypothécaires se hasardent à soutenir, dans une seconde instance, ce que leur auteur a vainement soutenu dans une première.

Ajoutons que le créancier hypothécaire n'est pas tenu d'attendre qu'il y ait chose jugée contre son débiteur pour faire valoir ses droits; il peut intervenir au procès, et même, si son auteur reste dans l'inaction, intenter lui-même l'action en revendication, en résolution ou en rescision qui compète à celui-ci, car il est intéressé à faire déclarer l'existence de la propriété, sans laquelle son hypothèque n'aurait aucune valeur. Si la condition qui suspend le droit du débiteur consiste dans un fait de nature à être accompli par un tiers, comme le paiement d'une somme d'argent,

(1) M. Larombière, *op. et loc. cit.*, nº 119. — Req. rej., 9 décembre 1835, *Sir.*, 36, 1, 177; Civ. cass., 6 décembre 1859, *Sir.*, 60, 1, 9; Nancy, 22 février 1867, *Sir.*, 68, 2, 50.

il va sans dire que le créancier est admis à remplir cette condition pour consolider son hypothèque : c'est ainsi qu'il pourrait, sans nul doute, exercer, le cas échéant, le réméré pour le compte du constituant (MM. Valette, *Privil. et hypoth.*, p. 204; Laurent, *op. cit.*, t. XXX, n° 482).

III. De l'hypothèque consentie par un représentant du propriétaire.

137. Comme principe, il est certain qu'on doit assimiler au propriétaire tous ceux qui le représentent, soit en vertu d'un mandat conventionnel, soit en vertu d'un mandat légal, sauf à exiger l'accomplissement des formalités requises pour la constitution ou pour l'exécution du mandat.

138. Nous dirons plus loin en quelle forme doit être donné le mandat conventionnel à l'effet de consentir une hypothèque. Qu'il nous suffise de constater ici que la loi veut qu'il soit exprès : « Le mandat conçu en termes généraux, dit l'art. 1988 du Code civil, n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès. » Cette règle, qui se justifie par l'im-

portance de l'acte à accomplir, est générale (1). Elle doit être appliquée dans tous les cas où une personne quelle qu'elle soit, physique ou morale, se fait représenter par un tiers dans une constitution d'hypothèque.

139. Ainsi les administrateurs d'une société anonyme ne peuvent pas, en vertu de leur seule qualité, hypothéquer les immeubles de la société (V. notam. Paris, 5 juillet 1877, *Sir.*, 77, 2, 295). En effet, encore qu'en principe ces mandataires aient le droit de faire tous les actes nécessaires à la marche de la société, aucune loi spéciale ne leur donnant le pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux, il faut recourir à la loi générale, qui est l'article 1988 du Code civil. Aussi, à défaut d'une clause de l'acte de société leur accordant expressément ce pouvoir, une délibération de l'assemblée générale des actionnaires sera-t-elle nécessaire pour le leur conférer.

Nous n'hésitons pas, pour les mêmes motifs, à appliquer la même solution au gérant d'une société en commandite. D'aucuns prétendent, il est vrai, que ce dernier n'est pas, comme l'adminis-

(1) En matière d'hypothèque maritime, elle a été aggravée par la loi du 10 décembre 1874, reproduite en cela par celle du 10 juillet 1885 : « L'hypothèque sur le navire, dit l'article 3, § 1 de cette dernière loi, ne peut être consentie que par le propriétaire ou par son mandataire justifiant d'un mandat spécial. » Un mandat exprès, mais non spécial, serait donc insuffisant.

trateur d'une société anonyme, à qui seul la loi donne expressément cette qualification (art. 22, loi du 24 juillet 1867), un véritable mandataire. Le gérant de la société en commandite, dit-on, s'identifie avec elle, il en est la personnification même : son nom sert à désigner la société, et il use de la raison sociale comme de sa signature propre. Il agit donc comme s'il était la société elle-même, et non comme un mandataire qui sépare son individualité de celle de la personne qu'il représente. Peut-être cette manière de voir est-elle exacte, vis-à-vis des tiers tout au moins, quand le gérant se meut dans le cercle de ses pouvoirs statutaires. Mais nous supposons ici précisément que le gérant veut sortir de ce cercle, sinon la question que nous examinons ne se poserait pas. Or, nous le demandons, le gérant d'une société en commandite est-il propriétaire de l'actif social ? Évidemment non. Il ne peut donc, en concluons-nous, hypothéquer un immeuble social qu'à la condition d'obtenir le consentement du véritable propriétaire, qui est la société ; et, comme ce consentement ne lui a pas été donné dans les statuts, il est bien obligé de le demander à la société elle-même, c'est-à-dire à l'assemblée des associés. Or, qu'est-ce qu'un acte par lequel une personne, être fictif ou réel, consent à ce qu'une autre personne accomplisse en son nom une opération juri-

dique, si ce n'est un mandat ? « Le gérant d'une société en commandite, dit la Cour de Cassation, dans un arrêt remarquable du 23 décembre 1885, ne tient pas de la loi, ni des règles générales de cette sorte de société, le pouvoir d'hypothéquer ; si ce pouvoir, qui dépasse les pouvoirs ordinaires d'administration d'un gérant, lui est conféré par la volonté sociale, soit dans les statuts(1), soit dans les délibérations des assemblées ou des conseils de la société, l'acte, qui exprime cette volonté, constitue un mandat spécial, c'est-à-dire le pouvoir de faire exceptionnellement, au nom et pour le compte d'autrui, un acte juridique, que le propriétaire avait seul le droit de faire » (2).

Pareil raisonnement, conduisant à une solution identique, pourrait être fait à propos du gérant d'une société en nom collectif, car, quelque étendus que soient les pouvoirs généraux de ce gérant (art. 22, C. com.), il n'a évidemment capacité suffisante que pour accomplir les actes nécessaires à la réalisation du but de la société. Or, la constitution

(1) Nous n'avons pas à nous préoccuper ici du point de savoir si le gérant, autorisé par les statuts à hypothéquer les immeubles sociaux, doit être à cet égard assimilé à un mandataire. Cette question sera examinée plus loin, quand nous rechercherons en quelle forme l'autorisation peut être donnée.

(2) Civ. cass., 23 décembre 1885, *Sir.*, 86, 1, 145, avec une note de M. Labbé. — V. égal. Req. rej., 21 avril 1841, *Dall.*, 41, 1, 222 ; Req. rej., 8 novembre 1869, *Sir.*, 70, 1, 23 ; Nancy, 26 mars 1879, *Sir.*, 80, 2, 47.

d'une hypothèque sur un immeuble social ne saurait, en principe, être considérée comme rentrant dans cette catégorie. Aussi faut-il décider que, dans le silence des statuts, le gérant a besoin, pour la réaliser, soit du concours de ses co-associés, soit tout au moins de leur autorisation expresse (Req. rej., 27 janvier 1868, *Sir.*, 68, 1, 53). Il n'en serait autrement que si, par impossible, la constitution d'hypothèque était une opération conforme au but même de la société ; mais alors les statuts, qui doivent nécessairement indiquer l'objet de la société, contiendraient à cet égard une mention spéciale, et la question que nous examinons ne se poserait pas.

Dans les diverses hypothèses que nous venons de parcourir, il va sans dire que la décision des actionnaires ou des associés, qui autorise un administrateur ou un gérant à hypothéquer un immeuble de la société, peut n'être prise qu'à la majorité (1). Il ne s'agit pas, en effet, de modifier les bases fondamentales de la société (2). Exiger l'unanimité, c'eût été, d'ailleurs, se heurter le plus souvent à une impossibilité.

140. Nous n'admettons pas non plus que le liquidateur d'une société dissoute puisse affecter

(1) Civ. rej., 7 mai 1844, *Sir.*, 45, 1, 53 ; Req. rej., 3 mai 1853, *Sir.*, 53, 1, 617 ; Paris, 7 août 1880, *Sir.*, 81, 2, 93.

(2) V., sur ce point, Paris, 19 avril 1875, *Sir.*, 76, 2, 113, et les conclusions de M. l'avocat général Hémar.

hypothécairement les immeubles dépendant de cette société, sans avoir reçu, à cet effet, un pouvoir exprès des associés. Vainement dit-on que choisi pour liquider, le liquidateur doit avoir les pouvoirs nécessaires pour faire toutes les opérations qui tendent à ce but. Hypothéquer les immeubles sociaux, répondons-nous avec Troplong, « ce ne serait pas liquider, ce serait augmenter les charges sociales par des actes de disposition » (1). D'ailleurs, ajoutons-nous, si spécial que soit par lui-même le mandat à l'effet de liquider, si déterminé que soit son but, il n'est toujours pas un mandat exprès quant au pouvoir d'hypothéquer ; or, il est de principe qu'un mandat exprès est nécessaire pour conférer ce pouvoir au mandataire (art. 1988) (2).

141. Ceci dit des mandataires conventionnels, occupons-nous des mandataires légaux. C'est la loi qui leur donne le pouvoir de représenter les personnes dont ils administrent le patrimoine : c'est donc la loi qu'il faut consulter pour savoir dans quelle mesure et sous quelles conditions ils peuvent consentir des hypothèques valables au nom de ces personnes.

142. Nous trouvons, à ce propos, dans la section

(1) *Du cont. de Société*, t. II, nº 1022. — V. également M. Boistel, *op. cit.*, nº 382. — Req. rej., 2 juin 1836, *Dall.*, 36, 1, 380.

(2) En sens contraire, MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, nº 568; Pont, *Soc. civ. et comm.*, t. II, nº 1958.

consacrée par le Code civil aux hypothèques conventionnelles, un article de renvoi, l'article 2126, ainsi conçu : « Les biens des mineurs, des interdits, et ceux des absents, tant que la possession n'en est déférée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugements. »

Si l'on s'attache à la construction de la phrase, ce texte semble mettre les envoyés en possession provisoire des biens d'absents sur la même ligne que les tuteurs des mineurs et interdits, et vouloir dire que les uns comme les autres ne peuvent hypothéquer les biens qu'ils sont chargés d'administrer « que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugements ». Ainsi entendu, l'article 2126 serait incompréhensible. D'abord, les expressions : *pour les causes et dans les formes établies par la loi*, sont inapplicables aux envoyés en possession provisoire, car, si la loi établit les *causes* pour lesquelles les tuteurs peuvent être autorisés à hypothéquer les immeubles des mineurs et des interdits, et les *formes* à suivre pour obtenir cette autorisation (art. 457, 458 et 509, C. civ.), elle ne fait rien de semblable pour les envoyés en possession provisoire ; bien plus, dans l'article 128, elle dit que « tous ceux qui ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire

ne pourront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent ». En second lieu, appliquées aux mineurs et aux interdits, les expressions : *ou en vertu de jugements*, n'ont aucun sens, puisque d'une part, l'autorisation judiciaire est exigée pour eux par ces mots : *dans les formes établies par la loi* (art. 458), et que, d'autre part, envisagées seules, elles seraient inexactes et insuffisantes, l'autorisation du conseil de famille, requise par l'article 457, n'y étant pas contenue.

Cette double anomalie n'a pas arrêté Troplong qui, tenant pour bien rédigé l'article 2126, a proposé de l'interpréter ainsi : — les biens des mineurs, des interdits, et ceux des absents ne peuvent être hypothéqués *en vertu de conventions* que pour les causes et dans les formes établies par la loi ; mais la loi n'ayant indiqué aucune cause, aucune forme pour les biens des absents, il y a impossibilité absolue de les hypothéquer par convention, conformément à l'article 128 ; — ces mêmes biens peuvent aussi être hypothéqués *en vertu de jugements*, c'est-à-dire en vertu de condamnations prononcées contre les mineurs, interdits ou absents. En un mot, d'après Troplong, le premier membre de la partie finale de l'article 2126 devrait s'entendre de l'hypothèque conventionnelle, le second, de l'hypothèque judiciaire (*Des priv. et hyp.*, t. II, n^os^ 481 à 486).

Nous doutons fort que Troplong ait saisi le sens véritable de l'article 2126. Il est, en effet, difficile d'admettre que, par les mots : *ou en vertu de jugements*, le législateur ait voulu faire allusion à l'hypothèque judiciaire, alors qu'il avait déjà épuisé ce sujet dans la Section II, et qu'il ne traitait dans la Section III, dont fait partie l'article 2126, que de l'hypothèque conventionnelle. De plus, on ne comprendrait pas qu'il fût absolument impossible à l'envoyé en possession provisoire d'hypothéquer les biens de l'absent : un emprunt sur hypothèque peut être nécessaire pour payer des dettes urgentes ou pour faire des réparations indispensables. Sans doute, l'hypothèque que consentirait de sa propre autorité l'envoyé en possession provisoire pourra se trouver validée *ex postfacto* soit par son envoi en possession définitive, soit par la ratification de l'absent de retour. Mais le prêteur voudra-t-il se contenter d'une garantie aussi fragile, aussi incertaine? C'est peu probable. Il est également peu probable que l'envoyé en possession provisoire puisse facilement rencontrer un prêteur disposé à user de la voie détournée d'une action judiciaire pour avoir hypothèque sur les biens de l'absent.

Combien est plus naturelle et plus satisfaisante à tous égards l'interprétation, généralement admise aujourd'hui (1), qui consiste à voir dans

(1) V. notam. MM. Pont, *Des priv. et hyp.*, nos 650-652 ; Demo-

l'article 2126 deux dispositions distinctes : l'une relative aux mineurs et interdits, l'autre, aux absents ! Aux premiers se réfèrent les mots : *pour les causes et dans les formes établies par la loi ;* aux seconds, les mots : *ou en vertu de jugements.* Pour les biens des mineurs et interdits, il y a des formes légales établies ailleurs ; pour les biens des absents, la loi n'indiquant aucune forme, une autorisation judiciaire en tiendra lieu. Voilà ce qu'a voulu dire le législateur dans l'article 2126, ce qui était évidemment dans sa pensée lorsqu'il l'a rédigé. N'est-ce pas, du reste, une solution qui s'impose, pour ainsi dire, quand on considère que dès la période de présomption d'absence, l'article 112 permet au tribunal de première instance d'autoriser, pour la conservation des biens du présumé absent, telles mesures qu'il juge nécessaires, c'est-à-dire, sans aucun doute, même un emprunt hypothécaire, si les circonstances l'exigent (1) ?

Il n'en demeure pas moins vrai que l'article 2126 aurait gagné à être rédigé d'une façon plus claire. Voici, à ce propos, le texte, conforme à notre solution, de l'article qui lui avait été subs-

lombe, *op. cit.*, t. II, nº 111 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, § 153, note 12.

(1) Cf. M. Valette, sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. I, p. 286, note *a*, I.

titué lors de la troisième délibération du projet de réforme hypothécaire de 1851 : « Les biens des mineurs et des interdits ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi. Ceux des absents, tant que la possession n'en est déférée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués qu'en vertu d'autorisation judiciaire. »

143. Il nous reste à préciser les conditions auxquelles l'article 2126 fait allusion.

En ce qui concerne les biens des mineurs, les causes et les formes prescrites par la loi se trouvent, nous l'avons dit, dansl es articles 457 et 458: il faut, d'abord, une autorisation du conseil de famille, laquelle ne peut être accordée que pour cause d'une nécessité absolue, après constatation de l'insuffisance des deniers, effets mobiliers et revenus du mineur, ou d'un avantage évident, et doit contenir l'indication des immeubles qui pourront être hypothéqués de préférence ; il faut, de plus, que la décision du conseil de famille soit homologuée par le tribunal de première instance, statuant en la chambre du conseil, le procureur de la République entendu.

Les mêmes règles sont applicables aux biens des interdits, en vertu de l'article 509.

144. Une difficulté se présente lorsque les biens qu'il s'agit d'hypothéquer sont ceux d'un mineur

qui a encore ses père et mère. Le père administrateur légal n'étant pas soumis à l'autorité d'un conseil de famille, l'homologation ou plutôt l'autorisation du tribunal suffira-t-elle pour lui permettre de consentir valablement une hypothèque au nom de son enfant ? La jurisprudence est aujourd'hui fixée dans le sens de l'affirmative (1). Mais si sa solution est d'accord avec les nécessités de la pratique, elle est loin de l'être avec les principes. On ne conçoit pas, en effet, qu'en l'absence d'un texte, un tribunal puisse autoriser un simple administrateur à hypothéquer ce qui ne lui appartient pas. Est-ce à dire qu'il ne sera jamais possible d'hypothéquer les biens d'un mineur soumis à l'administration paternelle, quelque intérêt qu'il puisse y avoir ? Rigoureusement on devrait l'admettre, car, d'une part, son représentant n'a, dans le silence de la loi, que les pouvoirs d'un administrateur ; or, la constitution d'une hypothèque sort des limites de l'administration proprement dite (art. 1988). Mais ne peut-on, par analogie, reconnaître au père le droit d'hypothéquer en remplissant les conditions imposées au tuteur ? Que la loi ne le soumette pas à l'autorité d'un conseil de famille, soit ; mais rien ne l'empê-

(1) V. notam. les motifs d'un arrêt de la Cour de Paris, du 15 juillet 1865, maintenu sur pourvoi par un arrêt de la Chambre des Requêtes, du 3 juin 1867, *Sir.*, 67, 1, 273, et *Dall.*, 68, 1, 27. — Marcadé, *Expl. du Code civil*, t. II, nº 150.

che de s'y soumettre de lui-même, si les lacunes de la loi le mettent dans l'impossibilité d'accomplir valablement un acte nécessaire pour sauvegarder les intérêts pécuniaires de son enfant. Qu'on ne reconnaisse pas au père administrateur légal des pouvoirs plus étendus que ceux d'un tuteur ordinaire, nous le voulons bien encore ; mais ne serait-il pas singulier qu'il eût des pouvoirs moins étendus ? Aussi n'hésiterions-nous pas à appliquer au père administrateur légal, par *a fortiori* plutôt même que par analogie, les conditions imposées par les articles 457 et 458 au tuteur qui veut hypothéquer les biens de son pupille (1). Ajoutons, d'ailleurs, que c'est au nom des seuls principes que nous avons repoussé la solution de la jurisprudence : au point de vue pratique, nous la regardons comme pleinement satisfaisante, l'affectueuse sollicitude des père et mère pour leur enfant commun valant bien à nos yeux le contrôle, trop souvent indifférent, de parents plus ou moins éloignés, quelquefois même d'étrangers.

145. Faut-il également appliquer les articles 457 et 458 à l'administrateur provisoire des biens d'une personne non interdite placée dans un éta-

(1) En ce sens, MM. Valette, sur Proudhon, *op. cit.*, t. II, p. 283, note *a*, III ; Demolombe, *op. cit.*, t. VI, n° 446 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, § 123, p. 506, texte et note 34.

blissement d'aliénés en vertu de la loi du 30 juin 1838 ? La négative n'est pas douteuse. La loi de 1838, dans son article 34, n'établit d'assimilation entre l'administrateur provisoire et le tuteur que pour l'application des dispositions du Code civil sur les causes qui dispensent de la tutelle, sur les incapacités, les exclusions ou les destitutions des tuteurs. Il suit de là que l'administrateur provisoire, qui n'a le droit de faire, comme son nom l'indique et comme l'article 31 l'établit, que les actes de simple administration, ne peut pas hypothéquer les biens dont la gestion lui est confiée. S'il est nécessaire, dans l'intérêt de l'aliéné, d'hypothéquer un ou plusieurs de ses immeubles, le moyen le plus simple pour y parvenir consiste à le faire sortir de l'établissement où il est enfermé, de manière qu'il puisse figurer en personne au contrat de constitution ; encore faut-il, pour que ce moyen puisse être utilement employé, que l'aliéné soit guéri ou tout au moins qu'au moment même du contrat, il soit sain d'esprit. Si l'on ne peut le faire sortir, on a bien encore la ressource d'attendre un intervalle lucide, pendant lequel il pourra valablement soit consentir lui-même l'hypothèque, soit donner mandat à un tiers de le faire pour lui ; mais c'est là une hypothèse plutôt théorique que pratique, car trouvera-t-on facilement un prêteur disposé à se contenter d'une ga-

rantie fournie par une personne en état de démence notoire? (V. l'art. 39, de la loi du 30 juin 1838.) Aussi, la plupart du temps, faudra-t-il interdire l'aliéné et organiser la tutelle. C'est là assurément une mesure extrême, dont l'emploi répugnera souvent aux familles, mais, dans le silence de la loi de 1838, c'est la seule qui soit légale dans les cas fréquents où il est impossible d'user des deux autres. Signalons cependant, à la décharge du législateur, l'article 3 de la loi du 10 janvier 1849, qui attribue au Directeur de l'Administration de l'Assistance publique de Paris la tutelle des aliénés placés dans les établissements qui en dépendent, et lui confère, par conséquent, sur les biens de ces aliénés, les pouvoirs reconnus au tuteur par le Code civil (Bertin, *Chambre du conseil*, t. II, n° 727). Un article de loi généralisant cette disposition serait évidemment le bienvenu.

146. Une autorisation judiciaire, avons-nous dit, suffit pour donner à l'envoyé en possession provisoire le pouvoir d'hypothéquer les immeubles de l'absent. Est-il besoin d'ajouter que le tribunal a pleine liberté d'appréciation à cet égard, et qu'en principe il n'est pas tenu de se conformer à la disposition de l'article 457 qui exige une nécessité absolue ou un avantage évident?

Quant à l'envoyé en possession définitive, il peut valablement hypothéquer les biens de l'absent sans

aucune condition ni formalité, comme le ferait un véritable propriétaire. Cela résulte de l'article 132, d'après lequel, si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, après l'envoi définitif, « il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront ».

147. Pour le mari, il y a lieu de distinguer suivant le régime matrimonial adopté.

Sous le régime de la communauté, le mari administre à la fois les biens communs et les biens de la femme. C'est en qualité de chef de la communauté qu'il administre les premiers ; au contraire, l'administration des propres de la femme est pour lui un attribut de la puissance maritale. Aussi ses pouvoirs ne sont-ils pas les mêmes dans les deux cas. Sur les biens de la communauté, nous savons qu'ils sont beaucoup plus étendus que ceux d'un administrateur ordinaire, voire même d'un copropriétaire, et que notamment, en ce qui a trait à la constitution d'hypothèque, ils ne se distinguent pas de ceux d'un véritable propriétaire (V. *suprà*, n° 117). Sur le patrimoine de la femme, le mari n'a que les pouvoirs généraux conférés par la loi à tout administrateur des biens d'autrui ; il ne peut donc ni aliéner ni hypothéquer les immeubles qui le composent, sans le consentement de la femme (art. 1428-3°), c'est-à-dire sans que celle-ci lui donne un mandat exprès à

cet effet, sauf les dispositions des articles 1507-3° et 1508-2°, que nous examinerons dans le chapitre suivant (V. *infrà*, n° 162).

Si les époux ont adopté le régime d'exclusion de communauté, le mari doit également obtenir de sa femme un pouvoir exprès pour hypothéquer ses biens, car il n'a sur eux d'autres droits que ceux d'un simple administrateur (art. 1531). A plus forte raison en est-il de même sous le régime de séparation de biens, qui laisse à la femme l'administration de son patrimoine (art. 1536). La femme peut, d'ailleurs, sous tous ces régimes, hypothéquer elle-même ses biens, pourvu, comme nous le verrons dans dans le chapitre suivant, qu'elle produise une autorisation spéciale de son mari (art. 217, 1538).

Sous le régime dotal, « les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions qui suivent », dit l'article 1554. Dans les cas exceptionnels visés par cet article, il faut à la femme, tantôt l'autorisation du mari ou de justice (art. 1555), tantôt l'autorisation du mari (art. 1556), tantôt enfin l'autorisation de justice (art. 1558). Ces conditions remplies, la femme dotale peut procéder elle-même à la constitution de l'hypothèque ou, si elle le préfère, donner à

son mari mandat d'y procéder pour elle. A vrai dire, dans les diverses hypothèses prévues, la loi ne réserve expressément que la faculté d'aliéner, mais on admet sans difficulté que la faculté d'hypothéquer est comprise implicitement dans celle d'aliéner. En effet, en distinguant ces deux facultés dans l'article 1554, les rédacteurs du Code ont bien montré leur intention d'appliquer à l'une comme à l'autre les exceptions auxquelles ils faisaient allusion dans la partie finale du même article. L'article 7 du Code de commerce fournit, d'ailleurs, sur ce point un argument décisif. Les biens stipulés dotaux, y est-il dit, « ne peuvent être hypothéqués ni aliénés que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par le Code civil ». Ces cas ne sont autres évidemment que ceux dans lesquels le Code civil permet l'aliénation (1). Parmi ces cas, dont l'examen eût été mieux à sa place dans le chapitre suivant, il en est un, prévu implicitement par l'article 1557, dont nous omettons à dessein de parler ici, nous réservant de l'étudier spécialement plus loin : c'est celui où la faculté d'hypothéquer l'immeuble dotal aurait été réservée par une clause du contrat de mariage. (V. *infrà*, nos 200 et 201).

Il va sans dire que, dans les cas exceptionnels où le mari devient propriétaire des immeubles dotaux (art. 1552 et 1553), il peut en disposer

(1) V. notam. Req. rej., 7 juillet 1857, *Sir.*, 57, 1, 734.

comme bon lui semble et, par conséquent, les hypothéquer sans le consentement de la femme.

En résumé, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux, le mari doit en principe être muni d'une procuration expresse donnée par la femme pour consentir valablement une hypothèque sur les biens de celle-ci. C'est une conséquence de la règle que le propriétaire seul a le droit d'hypothéquer. La loi n'admet d'exception à ce principe que sous le régime de la communauté, en ce qui concerne les biens communs, que le mari peut hypothéquer seul, non seulement sans le consentement de sa femme, mais même malgré elle. Encore cette exception n'est-elle que partielle, puisque le mari a sur les biens communs un droit de copropriété.

148. Sous le régime de la communauté, si l'un des époux vient à disparaître et qu'il soit déclaré en état d'absence, l'époux présent est admis par l'article 124 à opter entre la dissolution provisoire et la continuation provisoire de la communauté. « S'il opte pour la continuation de la communauté, dit cet article, (il) pourra empêcher l'envoi provisoire, et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent.... » *Quid* si l'époux présent veut hypothéquer ces biens ? Il

faut distinguer suivant que c'est la femme ou le mari qui a disparu.

Est-ce la femme, le mari reste comme administrateur légal ce qu'il était avant : il conserve l'administration des biens personnels de sa femme et des biens de la communauté, et ce, sans aucun doute, avec les mêmes pouvoirs (1). Aucune autorisation ne lui est donc nécessaire pour hypothéquer les immeubles dépendant de la communauté (art. 1421). Quant aux immeubles personnels de la femme, il ne pourrait évidemment les hypothéquer qu'en se soumettant aux conditions ordinaires imposées aux envoyés en possession provisoire (art. 128 et 2126), car il n'a sur eux que les pouvoirs d'un simple administrateur.

Si c'est le mari qui a disparu, et que la femme opte pour la continuation de la communauté, elle prend l'administration des biens qui la composent, mais elle n'acquiert pas sur eux les droits étendus qui appartenaient à son mari (2) ; elle est, si l'on veut, le mandataire de ce dernier ; mais comme le mandat dont elle est investie est conçu en termes généraux, il n'embrasse que les actes d'administration (art. 1988). Il lui faudra donc une autori-

(1) Cf. MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, § 155, p. 616, texte et note 6 ; Demolombe, *op. cit.*, t. II, nº 285. — V. cependant M. Valette, sur Proudhon, *op. cit.*, t. I, pp. 318 et 319.

(2) Cf. MM. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, texte et note 7. — Orléans, 22 novembre 1850, *Dall.*, 51, 2, 70.

sation judiciaire pour affecter hypothécairement les biens de la communauté. A plus forte raison la même autorisation lui sera-t-elle nécessaire, si elle veut hypothéquer les biens personnels du mari, dont elle a également l'administration.

Lorsque l'époux opte pour la dissolution provisoire de la communauté, il importe également de distinguer selon que c'est la femme ou le mari qui a disparu.

Dans le premier cas, il va sans dire que le mari peut hypothéquer sa part dans les biens communs, aussi valablement que s'il était resté administrateur de la communauté. Quant aux biens qu'il recueille en qualité de légataire de sa femme ou de donataire de celle-ci sous condition de survie, il doit se faire autoriser par jugement pour les hypothéquer, car il n'est, de ce chef, comme tout envoyé en possession provisoire, qu'un simple dépositaire, assujetti à l'obligation éventuelle de rendre compte de sa gestion, si la femme reparaît ou donne de ses nouvelles (art. 125).

Si l'époux absent est le mari, la femme n'a évidemment, sur sa part de communauté comme sur les biens dont elle est investie en vertu de libéralités du mari, d'autres pouvoirs que ceux d'un envoyé en possession provisoire.

Les règles spéciales que nous venons de développer doivent être appliquées en cas d'absence de

l'un des époux, toutes les fois qu'il y a communauté de biens entre eux, non seulement par conséquent lorsqu'ils sont mariés sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, mais aussi lorsqu'ils sont mariés sous le régime dotal avec stipulation d'une société d'acquêts (Cf. MM. Demolombe, *op. et loc. cit.*, n° 276 ; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 615, texte et note 2). Sous tout autre régime nuptial, la circonstance que l'absent est marié n'apporte aucune modification aux principes de l'envoi en possession provisoire.

149. Maintenant que nous avons déterminé les formalités qui sont exigées par la loi pour que le tuteur, l'envoyé en possession provisoire et le mari puissent hypothéquer les biens dont ils ont l'administration, il nous faut rechercher quel serait le sort d'une hypothèque qu'aurait consentie un de ces mandataires légaux sans observer les formalités requises.

150. Pour le tuteur, une distinction s'impose, selon nous, entre le cas où il a traité en sa qualité de tuteur, au nom et comme représentant du mineur ou de l'interdit, et celui où il a traité en son nom personnel, en qualité de propriétaire, qui est celle en laquelle il est censé agir quand il n'en prend pas expressément une autre. Dans ce dernier cas, nous n'hésiterions pas à appliquer à l'hypo-

thèque consentie par le tuteur les règles de l'hypothèque de la chose d'autrui, à décider notamment qu'elle ne peut être en aucune façon opposée au mineur ou à l'interdit. Au contraire, dans le premier cas, il nous paraît difficile de soutenir que l'hypothèque n'est pas opposable, au moins en une certaine mesure, à l'incapable au nom de qui le tuteur l'a constituée. En vain prétendrait-on que le mandataire qui excède ses pouvoirs ne représente point son mandant, et qu'ainsi les choses doivent se passer comme si l'hypothèque avait été consentie par un tiers étranger au mineur ou à l'interdit. S'il en est ainsi du mandataire conventionnel, et, nous l'admettons sans difficulté, il n'en est pas de même du tuteur. Le mandat du tuteur n'est point, en effet, subordonné à l'observation des formalités que la loi a prescrites dans l'intérêt de l'incapable. Sans doute, leur inaccomplissement est un obstacle à l'entière et parfaite validité de l'hypothèque. Mais, si le tuteur a agi irrégulièrement, il n'a pas cessé, pour cela, de représenter son pupille. Sa qualité de représentant du mineur ou de l'interdit, il la tient de sa qualité de tuteur (art. 450) : *factum tutoris*, *factum pupilli*, disaient nos anciens auteurs. Or, c'est bien comme tuteur qu'il a figuré à la constitution de l'hypothèque. L'incapable y a donc été représenté et l'acte peut lui être opposé. Seulement, comme les conditions

protectrices de ses intérêts n'ont pas été observées, il pourra demander la nullité de l'hypothèque, mais simplement pendant dix ans, à partir de la cessation de son incapacité (art. 1304) ; passé ce délai, il sera présumé l'avoir ratifiée, s'il a omis de le faire antérieurement (1).

151. Quant à l'envoyé en possession provisoire, qu'il ait agi en sa qualité d'envoyé ou en qualité de propriétaire, l'hypothèque par lui consentie de sa propre autorité n'est jamais opposable à l'absent, car, à la différence de la tutelle, qui donne en principe, au tuteur, le droit de représenter le mineur dans tous les actes civils (art. 450), la possession provisoire n'est qu'un dépôt, qui ne permet, à ceux qui l'obtiennent, de représenter l'absent que pour les actes d'administration, et non pour les actes de disposition (art 125 et 128). C'est ici qu'il est vrai d'invoquer la maxime *Qui excessit fines mandati aliud quid facere videtur*. Pour l'absent, l'hypothèque constituée par l'envoyé, sans une autorisation de la justice, est *res inter alios acta :* s'il reparaît, elle tombera d'elle-même, sans qu'il ait besoin d'en faire prononcer la nullité. Mais, entendons-nous bien, elle ne tombera qu'au

(1) Cf. notam. MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 339, p. 273, texte et note 13 ; Larombière, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1304, nº 46. — Bordeaux, 27 juillet 1871, *Sir.*, 72, 2, 221 ; Req. rej., 7 mars 1876, *Sir.*, 76, 1, 291. — *Contrà*, Douai, 20 novembre 1870, *Sir.*, 72, 2, 1, avec observations détaillées de M. Labbé.

retour de l'absent. Jusque-là, elle sera valable : à l'égard du créancier, aussi bien qu'à l'égard de l'envoyé comme hypothèque conditionnelle, si ce dernier l'a consentie en sa qualité d'envoyé, car elle est alors considérée comme accordée sous la condition qui affecte le droit de l'envoyé lui-même ; à l'égard du constituant seul, s'il a induit le créancier en erreur, en se posant dans le contrat comme propriétaire incommutable de l'immeuble grevé. Bien plus, elle sera définitivement validée, *ab initio* et *erga omnes*, quelle qu'ait été la qualité prise par l'envoyé dans l'acte constitutif, si l'envoi en possession provisoire prend fin sans que l'absent soit revenu ou ait donné de ses nouvelles (arg. art. 132). Il n'en serait autrement qu'au cas où, l'envoyé en possession provisoire n'ayant pas, en réalité, sur les biens de l'absent, des droits subordonnés au décès de celui-ci, l'envoi en possession définitif ne lui serait pas accordé.

152. Du mari, nous ne dirons qu'un mot : comme il ne peut, en principe, hypothéquer les biens propres de la femme sans le consentement de celle-ci, il faudrait considérer comme établie sur la chose d'autrui et traiter en conséquence l'hypothèque qu'il aurait consentie seul sur un de ces biens. Nous ne parlons pas, bien entendu, du cas où, en dehors du cercle étroit des exemptions admises par la loi, il aurait hypothéqué un

immeuble dotal, au mépris de la prohibition de l'article 1554 ; car alors, eût-il même agi en qualité de mandataire de la femme, l'hypothèque serait frappée de la nullité de l'article 1560.

153. Ce serait ici le lieu de dire quelles formalités doivent remplir, pour les constitutions d'hypothèque, les représentants des départements, des communes, des hospices et autres personnes morales qui relèvent du droit administratif. L'énumération en serait peut-être intéressante, mais outre qu'elle aurait l'inconvénient de tenir beaucoup de place, elle nous obligerait à entrer dans des détails quelque peu étrangers à notre sujet, qui appartient plutôt au droit privé qu'au droit public. Aussi nous bornons-nous à renvoyer aux lois spéciales qui règlent les pouvoirs des agents chargés de la gestion des intérêts de ces diverses unités administratives.

CHAPITRE II

CONSÉQUENCES DU PRINCIPE QUE LE CONSTITUANT DOIT ÊTRE CAPABLE D'ALIÉNER

154. De ce principe, il découle naturellement que le constituant doit avant tout avoir la capacité de s'obliger. Aussi faut-il d'abord considérer

comme incapables de constituer une hypothèque tous ceux que la loi frappe d'une incapacité générale de contracter, c'est-à-dire les mineurs, les interdits et les femmes mariées non autorisées (art. 1124 et 217).

155. Mais, si la capacité de s'obliger est indispensable à qui veut consentir une hypothèque, elle n'est pas suffisante, car, en s'obligeant simplement, le débiteur ne crée, entre le créancier et lui, qu'un lien personnel, il ne lui confère pas un droit réel : d'où il suit que la capacité nécessaire pour constituer une hypothèque, bien qu'impliquant la capacité de s'obliger, ne se confond pas cependant avec elle et comprend quelque chose de plus. On l'a contesté (Duranton, *Cours de dr. fr.*, t. XIX, n° 347), en disant que toute obligation contient en germe une aliénation, puisque, d'après l'article 2092, « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». Si une personne peut aliéner indirectement ses biens en s'obligeant, a-t-on conclu de là, pourquoi ne pourrait-elle pas les aliéner de la même manière en les hypothéquant? Raisonner ainsi, c'était oublier que le droit de gage général, reconnu par la loi à tout créancier sur les biens de son débiteur, ne constitue pas un droit réel, autrement dit un droit sur un ou plu-

sieurs objets déterminés, susceptible d'être exercé, non pas seulement contre telle personne, mais envers et contre tous. C'est, comme le disent fort exactement MM. Aubry et Rau, le patrimoine du débiteur, *émanation de sa personnalité*, qui est grevé par le droit de gage que l'article 2092 établit au profit des créanciers, « mais, comme le patrimoine est en soi inaliénable, et ne peut pas plus faire l'objet d'une expropriation forcée que d'une aliénation volontaire, ce droit de gage, quoique affectant le patrimoine même, n'est cependant susceptible de s'exercer que sur les éléments dont il se compose » (*op. cit.*, t. VI, § 579).

156. De ce que la capacité de s'obliger et celle d'aliéner sont deux capacités distinctes, il ne s'ensuit pas qu'elles ne soient pas le plus souvent réunies dans la même personne. C'est seulement, en effet, dans des cas tout à fait exceptionnels, alors que le législateur a pensé que les mesures de protection, qu'il avait établies dans l'intérêt des incapables en général, pouvaient se concilier avec une certaine liberté de s'obliger, au moins pour les besoins de l'administration, qu'il a séparé ces deux capacités, en permettant à certains incapables de s'obliger, tout en continuant à leur défendre d'aliéner, et, par cela même, d'hypothéquer.

Et, pour ne parler que de ce qui nous concerne, nous ne pouvons qu'approuver la loi d'avoir main-

tenu, même pour les incapables auxquels elle reconnaissait la capacité d'administrer, l'incapacité d'hypothéquer. La constitution d'hypothèque est, en effet, un acte beaucoup plus grave qu'un engagement personnel : car, outre qu'elle altère le crédit du débiteur et rend plus difficile la transmission de ses immeubles, elle présente cet autre danger, à redouter surtout quand il s'agit d'incapables, de faciliter à celui qui veut s'obliger le moyen de contracter des dettes. Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, qu'en cas de nécessité ou d'avantage, les incapables dont nous nous occupons seront empêchés d'hypothéquer leurs immeubles : ils pourront le faire, ou du moins on pourra le faire pour eux, mais en observant les conditions et en remplissant les formalités que la loi établit pour les protéger contre leur incapacité.

157. Dans cet ordre d'idées, nous rencontrons d'abord le mineur émancipé, qui, tout en étant capable de s'obliger pour les besoins de son administration (art. 481), ne peut pas, même avec l'assistance de son curateur, aliéner ses immeubles (art. 484), et partant les hypothèques (art. 2124). Il n'aurait pas cette faculté même dans les limites de son droit d'administration, car, dans ces limites, la loi lui permet seulement de s'obliger, non d'aliéner, et nous venons de voir que la capacité d'aliéner, ou, ce qui est la même chose, celle d'hypothé-

quer, ne se confond pas avec la faculté de s'obliger. Aussi avons-nous quelque peine à comprendre qu'on ait soulevé dans la doctrine une vive controverse sur ce point. Nous le comprenons d'autant moins que la question est décidée, non seulement par les articles 484 et 2124, mais encore par l'article 2126, aux termes duquel « les biens des mineurs... ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi ». Or, les mineurs émancipés sont avant tout des mineurs; ils se trouvent donc compris dans les termes absolus de l'article 2126 (1).

158. Nous en dirons autant de la femme mariée, qui, en cas de séparation de biens, peut valablement s'obliger pour les besoins de son administration. C'est à tort que l'on prétendrait tirer argument de l'expression *libre administration*, employée par la loi dans l'article 1449, pour soutenir que la femme séparée de biens aurait le droit d'hypothéquer seule ses immeubles pour la garantie des engagements pris par elle dans les limites de cette libre administration. La différence qui existe à cet égard entre la rédaction de l'article 1449 et celle de l'article 484, où il n'est question que d'actes de *pure administration*, peut,

(1) V. notam., en ce sens, MM. Demolombe, *op. cit.*, t. VIII, nos 289 et 290 ; Pont, *op. cit.*, no 613 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, § 132, texte no 2 et note 12 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, no 490.

nous le reconnaissons, avoir son intérêt à d'autres points de vue; mais ici elle ne saurait prévaloir contre la disposition finale du même article 1449 et contre celle de l'article 1538, qui disent en substance que la femme séparée de biens ne peut, *dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation*, aliéner ses immeubles sans autorisation. Incapable d'aliéner, la femme séparée de biens est par cela même incapable d'hypothéquer, au même titre que le mineur émancipé; comme celui-ci, elle peut s'obliger dans les limites de son droit d'administration, et, ce faisant, elle engage, de même que tout débiteur, ses immeubles aussi bien que ses meubles (arg. art. 2092); mais elle n'a pas le droit d'affecter ses immeubles par hypothèque à la garantie de l'obligation qu'elle contracte, car, nous le répétons, la capacité d'hypothéquer se mesure sur celle d'aliéner, et non sur celle de s'obliger. Cette opinion est, d'ailleurs, généralement admise aujourd'hui.

159. Au mineur émancipé et à la femme séparée de biens, on peut assimiler, comme ayant en principe la capacité de s'obliger, sans avoir celle d'hypothéquer, le faible d'esprit et le prodigue auxquels un jugement a défendu de grever leurs biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil judiciaire (art. 499 et 513).

160. Ce ne sont là, nous l'avons dit, que des

exceptions, et, en général, la capacité de s'obliger et celle d'aliéner marchent de pair, comme la capacité d'aliéner et celle d'hypothéquer. Du reste, cette dernière règle n'est pas non plus sans comporter quelques restrictions : le législateur a cru devoir, en effet, dans certaines situations spéciales, rompre l'étroite corrélation existant entre la capacité d'hypothéquer et la capacité d'aliéner, ou plus exactement, pour embrasser à la fois tous les cas, entre l'hypothèque et l'aliénation.

161. C'est ce qu'il a fait notamment pour le mineur émancipé, autorisé à faire le commerce : en vertu de l'article 6 du Code de commerce, ce mineur est pleinement capable d'hypothéquer ses immeubles pour les opérations de son commerce, bien qu'il ne puisse les aliéner qu'en suivant les formalités prescrites pour la vente des biens de mineurs. Cette distinction entre l'aliénation et l'hypothèque tient à ce qu'on a considéré l'hypothèque comme un moyen de crédit indispensable à un commerçant, qui a souvent besoin de se procurer instantanément de l'argent, et qui, dès lors, serait entravé dans ses opérations, s'il lui fallait subir les formalités très-longues et très-coûteuses que nécessite l'aliénation d'un immeuble. A cette considération s'en ajoute une autre : l'hypothèque laisse au mineur l'espoir de conserver son immeuble, tandis que l'aliénation l'en dépouillerait défi-

nitivement. En réalité, ces raisons ne suffisent pas à justifier une distinction en somme peu juridique, et il ne faut voir là, pensons-nous avec de fort bons esprits, qu'une trace des anciennes idées sur l'importance exceptionnelle des immeubles, dont l'aliénation était difficilement permise. Il eût été plus logique et en même temps plus juridique, suivant la remarque faite au Conseil d'État par Bérenger et Berlier, d'accorder au mineur, comme on l'a accordée à la femme marchande publique (art. 7, C. com.), la disponibilité illimitée de ses biens, pour les besoins de son commerce; sinon, il fallait maintenir son incapacité pour les actes de la vie commerciale comme pour ceux de la vie civile (1).

162. Signalons également, comme une autre dérogation, plutôt conventionnelle que légale, au principe général suivant lequel celui-là seul peut hypothéquer qui peut aliéner, les dispositions des articles 1507 et 1508 du Code civil, qui, dans le cas où les immeubles de la femme ont été l'objet, soit spécialement, soit d'une manière générale, d'un ameublissement limité à une somme déterminée, permettent au mari de les hypothéquer seul jusqu'à concurrence de cette somme, mais lui défendent de les aliéner sans le consentement de sa femme.

(1) Locré, XVII, 136 et s. — V. sur ce point, MM. Lyon-Caen et Renault, *Préc. de dr. comm.*, t. I, nº 168.

La raison de cette interprétation, donnée par le législateur à la volonté des époux, tient à ce qu'il a considéré la clause d'ameublissement jusqu'à concurrence d'une certaine somme comme n'étant le plus souvent insérée dans le contrat de mariage que pour augmenter le crédit du mari. Or, pour atteindre ce but, il faut que le mari puisse tirer parti de la valeur dont l'ameublissement a enrichi la communauté, et l'hypothèque est, dès lors, un moyen tout indiqué. Mais il n'est pas nécessaire que l'aliénation soit permise; il est même indispensable qu'elle ne le soit pas, si l'on veut éviter à la femme un danger particulièrement grave, provenant de ce que le mari pourrait vendre ses biens à vil prix, l'aliénation devant être regardée comme valable par cela seul qu'elle serait faite pour un prix n'excédant pas la somme fixée au contrat. L'hypothèque n'offrait pas ce danger, puisque, en cas d'expropriation de l'immeuble, le prix en sera fixé par l'adjudication publique, et non par l'entente du mari et de l'acquéreur : aussi a-t-elle été seule autorisée par la loi, en l'absence d'une clause contraire du contrat de mariage (V. sur ce point, M. Thézard, *op. cit.*, n° 55-2°).

163. A l'inverse, il y a un cas où une personne qui ne peut conférer qu'une hypothèque résoluble, peut cependant définitivement aliéner. C'est le cas du successible donataire d'un immeuble en

avancement d'hoirie. Notre législateur, qui admet en principe que le titre du donataire est résolu rétroactivement quand il vient à la succession du donateur, a accepté la conséquence qui se déduit de ce principe en ce qui concerne les charges consenties par le donataire (art. 865); mais il a reculé devant celle qui en résulte au point de vue des aliénations (art. 860). L'aliénation est maintenue, en dépit de la règle *Resolute jure dantis, resolvitur jus accipientis*, tandis que, par application de la même règle, l'hypothèque disparaît avec le droit du donataire. C'est là, il faut en convenir, une solution dont les deux termes sont contradictoires. On essaie d'ordinaire de la justifier en disant que l'intérêt général exige plus impérieusement le maintien des aliénations que celui des constitutions de droits réels, attendu que le premier est utile à la libre circulation des biens, tandis que le second lui serait plutôt nuisible. Cette explication nous paraît insuffisante, car, à notre sens, la sécurité de l'hypothèque, pour ne parler que de ce précieux moyen de crédit, mérite au moins la même protection que la libre circulation des biens. Peut-être eût-il été préférable, au risque de compliquer quelque peu l'exécution de l'obligation du rapport, de supprimer le principe même du rapport en nature et de n'admettre que le rapport en moins prenant.

Quoi qu'il en soit, ce qui nous semble certain, c'est que l'hypothèque consentie par le donataire ne sera résolue qu'autant que, par le résultat du partage, l'immeuble sur lequel elle a été établie tombera dans le lot d'un cohéritier autre que le constituant. En effet, si l'immeuble tombe dans le lot du constituant lui-même, celui-ci est censé en avoir été propriétaire depuis l'ouverture de la succession (art. 883), c'est-à-dire depuis le moment où son droit de propriété devait se résoudre. L'hypothèque doit donc être considérée comme n'ayant jamais cessé d'exister, puisqu'à aucun instant le constituant n'a cessé d'être propriétaire de l'immeuble. Cette solution est, d'ailleurs, parfaitement fondée en raison et en équité, car, par cela même que l'immeuble grevé de l'hypothèque fait retour au donataire, l'intérêt des autres cohéritiers que la loi a seul voulu sauvegarder dans l'article 865, est hors de cause; il n'y a plus, dès lors, de bonne raison pour que l'hypothèque ne soit pas maintenue. Le créancier au profit duquel elle a été établie a donc un intérêt majeur à ce que l'immeuble qui en est grevé soit mis dans le lot du constituant, et on s'explique ainsi que, dans le même article, la loi ait cru devoir autoriser expressément les créanciers hypothécaires à intervenir au partage, pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs

droits(1). Cette faculté d'intervention leur permet en même temps, et ce n'est pas là son moindre avantage, de veiller à ce que le rapport ne se fasse pas en nature, alors qu'il peut se faire en moins prenant, conformément à l'article 859, parce qu'il y a dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté dont on peut former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers. Il va sans dire, en effet, que les droits réels créés par le donataire, sur les biens donnés, sont maintenus, quand le rapport se fait en moins prenant (arg. *a contrario* de l'art. 865).

164. La grande majorité des auteurs et la jurisprudence voient un autre désaccord entre l'aliénation et l'hypothèque dans l'article 686 du Code de procédure civile (Loi du 2 juin 1841), lequel est ainsi conçu : « La partie saisie ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie, aliéner les immeubles saisis, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer. » Cet article, dit-on, laisse la faculté d'hypothéquer en dehors de la prohibition qu'il édicte. Sous l'ancien Code de procédure, la question était très-vivement débattue. Pour refuser au saisi le droit d'hypothéquer, on rapprochait la disposition de l'article 2124, interdisant la constitution d'hypo-

(1) En ce sens, MM. Demolombe, *op. cit.*, t. XVI, nos 503-510 ; Laurent, *op. cit.*, t. XI, no 24.

thèque à qui ne peut aliéner, de la défense d'aliéner écrite dans l'article 692, qui était conçu dans les mêmes termes que l'article 686 actuel, sauf que le point de départ de la prohibition, au lieu d'être la transcription, était la dénonciation de la saisie au débiteur (1). Mais lors de la discussion de la loi de 1841, une proposition tendant précisément à assimiler, sous le rapport de la prohibition, l'hypothèque à l'aliénation, ayant été rejetée, on en infère qu'aujourd'hui la question se trouve en quelque sorte législativement résolue dans le sens d'une distinction entre l'aliénation et l'hypothèque de l'immeuble saisi. Cette distinction, ajoute-t-on, est, d'ailleurs, pleinement justifiée. En effet, si l'on défend l'aliénation, c'est qu'elle serait de nature à causer un très-grave préjudice aux créanciers saisissants, en les obligeant à recommencer de nouvelles poursuites contre l'acquéreur de l'immeuble, et ce, avec grande perte de temps et des frais ; bien plus, au cas spécial où le saisissant est un créancier chirographaire, l'aliénation le priverait à jamais de l'espoir qu'il pouvait avoir d'être payé sur l'immeuble saisi, car le droit de gage général ne constitue pas un droit réel et partant ne confère pas le droit de suite. Au contraire,

(1) Tarrible, dans Merlin, *Rép.*, v° Saisie immobilière, § 6, art. 1, n° 14 ; Carré, *Lois de la procéd. civile*, quest. 2295.

l'hypothèque consentie par le saisi après la transcription ne présente aucun de ces inconvénients : elle n'empêche en rien la continuation des poursuites commencées ; elle ne saurait nuire à l'adjudicataire, puisque l'adjudication purge les hypothèques (art. 717, Pr.), ni aux autres créanciers hypothécaires déjà liés à la saisie, qui conservent leur rang d'inscription. Elle lèse les intérêts des créanciers chirographaires, c'est incontestable, car ceux-ci vont se trouver primés par un créancier hypothécaire dont le droit est né postérieurement à la saisie. Mais peuvent-ils s'en plaindre ? N'est-ce pas la loi de leur situation ? Si la saisie a été formée par les créanciers hypothécaires, ils lui restent étrangers et ne sont pas admis à s'en prévaloir ; s'ils l'ont pratiquée eux-mêmes, elle n'a pu leur conférer aucun droit nouveau, aucune cause de préférence. C'est, au surplus, une condition inhérente à leur position de créanciers chirographaires, de craindre toujours, tant qu'ils ne sont pas payés, la constitution de nouvelles hypothèques qui les primeront (1).

Telles sont, aussi fidèlement reproduites que

(1) En ce sens, MM. Persil, Commentaire de la loi du 2 juin 1841, pp. 131 et suiv. ; Pont, *op. cit.*, nos 353 et 623 ; Boitard et Colmet-Daage, *Leçons de proc. civile*, édit. 1861, t. II, no 932 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 271, texte et note 37. — V. égal. Grenier, *op. cit.*, t. I, no 111 ; Troplong, *op. cit.*, t. II, no 413 *bis*. — Rouen, 29 avril 1820, Dalloz, *Rép.*, vo Vente publ. d'imm., 666-2o.

possible, les considérations à l'aide desquelles l'opinion qui prévaut est ordinairement justifiée. Elles ne nous paraissent pas décisives. Est-ce que l'intérêt des créanciers chirographaires n'est pas aussi respectable que celui des créanciers hypothécaires ? S'il est vrai que la saisie ne confère au saisissant aucun droit nouveau, il devrait en être ainsi aussi bien pour les créanciers hypothécaires que pour les créanciers chirographaires, et on ne voit pas pourquoi les premiers pourraient contester la validité d'une aliénation qui les gêne, tandis que les seconds devraient accepter une hypothèque qui fait plus que les gêner, qui réduit considérablement la somme qu'ils avaient l'espoir de toucher, quand elle ne l'absorbe pas complètement. C'est, en effet, pourrions-nous dire à notre tour, une condition inhérente à la position des créanciers hypothécaires, de craindre toujours, tant qu'ils ne sont pas désintéressés, une aliénation qui les obligera à poursuivre le nouveau détenteur de l'immeuble affecté à la garantie de leur créance. Si le législateur de 1841 a eu réellement l'intention de consacrer une distinction aussi peu équitable que celle qu'on lui attribue, il aurait bien fait de formuler son opinion en article de loi, car le rejet d'un amendement ne saurait remplacer un texte formel et autoriser l'interprète à méconnaître la règle écrite dans l'article 2124 du Code

civil. « Ne serait-il pas étrange, dit avec beaucoup de raison M. Glasson (1), en parlant du créancier chirographaire qui pratique une saisie, qu'il ait le droit de demander la nullité des aliénations, constitutions de servitudes, consenties après la transcription de la saisie, et qu'il n'eût pas celui d'attaquer les hypothèques nées après la même époque ? Celui qui est incapable d'aliéner, l'est par cela même aussi de constituer des charges réelles; la prohibition de l'aliénation totale emporte celle de l'aliénation partielle. Il faudrait un texte formel pour qu'on pût s'écarter de ce *principe fondamental*. Or, ce texte n'existe pas et des explications échangées dans la discussion d'une loi ne sauraient le remplacer. »

En Belgique, la question est tranchée formellement dans le sens que nous indiquons par l'article 27 de la loi du 15 août 1854, sur l'expropriation forcée, qui est ainsi conçu : « Le débiteur ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie, ou du commandement, aliéner ni hypothéquer les immeubles saisis, ou indiqués au commandement, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer. »

165. Revenons maintenant à notre point de départ et rappelons, pour nous résumer, qu'à l'excep-

(1) En note, à la page 367 des *Leçons de proc. civile* de MM. Boitard et Colmet-Daage, édit., 1885, t. II, nº 931.

tion de la femme et du mineur commerçants, le mineur, l'interdit, la femme mariée et la personne pourvue d'un conseil judiciaire sont privés de la faculté d'hypothéquer valablement leurs immeubles. Parmi ces incapables, les uns peuvent être relevés de leur incapacité par l'intervention de certaines personnes déterminées : il en est ainsi pour la personne pourvue d'un conseil judiciaire lorsqu'elle est assistée de ce conseil (art. 499 et 513), et pour la femme mariée, qui doit, à défaut du concours de son mari dans l'acte, produire une autorisation spéciale et écrite donnée par celui-ci, ou, sur son refus, par le juge (art. 217, 219, 223 et 1538). Les autres, c'est-à-dire le mineur et l'interdit, ne peuvent jamais figurer en personne dans une constitution d'hypothèque, même avec l'assistance ou l'autorisation de leur tuteur. Nous avons dit plus haut sous quelles conditions celui-ci pouvait le faire pour eux (V. *suprà*, n° 143).

166. S'il arrivait néanmoins qu'en fait un mineur eût hypothéqué seul un de ses immeubles, il ne faudrait pas voir là un acte simplement rescindable pour cause de lésion, suivant la règle *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus*. Il est vrai que des termes généraux de l'article 1305, qui parle de « toutes sortes de conventions », on peut être tenté de conclure que le mineur n'est admis à faire tomber un acte quelconque passé par

lui-même, qu'autant qu'il établit l'existence d'une lésion à son préjudice, sans qu'il y ait lieu de distinguer à cet égard entre les actes que le tuteur aurait pu faire seul, sans avoir à remplir aucune formalité, et ceux dont la validité est soumise à l'accomplissement de formalités spéciales, telles que, pour notre cas, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Mais la doctrine qui prévaut sur la capacité du mineur fait remarquer avec juste raison que la disposition de l'article 1305 doit être rapprochée d'autres dispositions qui viennent en limiter la portée : c'est, d'abord, l'article 1311 qui, en opposant l'engagement nul en la forme à celui qui est seulement sujet à restitution, montre bien clairement que l'article 1305, ne parlant que de lésion, reste complètement étranger aux actes nuls en la forme, c'est-à-dire à ceux pour la régularité desquels la loi a prescrit certaines formalités particulières ; c'est, en second lieu, l'article 1314, qui, prévoyant expressément ces actes, les déclare pleinement valables quand les formalités requises ont été remplies, ce qui signifie, à n'en pas douter, que la nullité est attachée au seul fait de l'inaccomplissement de ces formalités (1). Il y aurait encore

(1) V. notam. MM. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, nº 270 *bis* XX ; Larombière, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1305, nº 5. — Cpr. Rennes, 17 novembre 1836, *Dall.*, 37, 2, 56 ; Civ. cass., 16 janvier 1837, *Dall.* 37, 1, 62 ; Civ. cass., 25 mars 1861, *Dall.*, 61, 1, 202.

nullité pour inobservation des formalités légales, et non pas seulement rescision pour lésion, si l'hypothèque avait été consentie dans les mêmes conditions par un mineur émancipé, car, en ce qui a trait à la constitution d'une hypothèque, le mineur émancipé est placé par l'article 484 sur la même ligne que le mineur non émancipé. Au surplus, l'expression « il ne pourra », dont se sert la loi dans cet article, fait voir jusqu'à la dernière évidence qu'il suffit, pour que l'hypothèque soit frappée de nullité, de prouverque les formes prescrites n'ont pas été observées.

167. On est également d'accord pour reconnaître que l'hypothèque viciée par l'incapacité du mineur, de l'interdit, de la femme mariée ou de la personne pourvue d'un conseil judiciaire, n'est pas radicalement nulle, mais simplement annulable. C'est, en effet, la règle générale, quand il s'agit d'incapacités dont la cause révèle une pensée de protection pour ceux qui en sont frappés ; or, tel est bien le cas des incapacités dont nous nous occupons, de l'incapacité de la femme mariée, au moins en une certaine mesure, aussi bien que des autres.

De là découlent les deux conséquences suivantes :

1° L'hypothèque ne peut être attaquée que par ceux dans l'intérêt de qui a été introduite la nullité, ou par leurs ayants droit (arg. art. 1125).

2° Elle est susceptible d'être confirmée par le constituant, quand son incapacité a cessé (art. 1338). Cette confirmation serait même présumée, si l'incapable avait laissé passer dix ans, depuis la cessation de son incapacité, sans intenter l'action en nullité lui appartenant ; c'est ce qui ressort de l'article 1304 et du fondement sur lequel il repose (1).

168. La confirmation, soit qu'elle résulte d'un acte du constituant, soit qu'elle s'induise de son inaction pendant le laps de temps déterminé par la loi, a certainement pour effet de valider l'hypothèque pour l'avenir.

En est-il de même pour le passé ? Oui, sans conteste, si l'on envisage uniquement les rapports du constituant et du créancier hypothécaire. Cela résulte de l'essence même de la confirmation, qui n'est, aux termes de l'article 1338, qu'une renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'acte nul. En renonçant expressément ou tacitement à invoquer la nullité de l'hypothèque qu'il a consentie en état d'incapacité, l'auteur de la confirmation purge cette hypothèque du vice qui l'entachait, et montre, par là même, qu'il la tient pour bonne et valable. C'est donc toujours la même hypothèque qui subsiste et qui produit naturellement ses effets du jour où

(1) V., sur le fondement de la disposition de l'article 1304, le rapport de Jaubert au Tribunat, Locré, t. XII, p. 493.

elle a été constituée, et ce, aussi bien à l'encontre du créancier hypothécaire, lequel n'a jamais été admis à en opposer la nullité (art. 1125), qu'à l'encontre du confirmant et de ceux qui n'ont d'autres droits que les siens, c'est-à-dire ses ayants cause universels ou à titre universel et ses créanciers chirographaires.

169. Mais l'effet rétroactif de la confirmation de l'hypothèque se produit-il également à l'encontre des ayants cause à titre particulier de l'ex-incapable, plus exactement, pour nous en tenir au seul cas où le doute est possible, à l'encontre de ceux qui ont acquis de l'ex-incapable, antérieurement à la confirmation, des droits sur l'immeuble hypothéqué? A première vue, la négative ne paraît pas devoir soulever la moindre difficulté. Les ayants cause à titre particulier sont, en effet, des tiers par rapport à tous les faits juridiques accomplis par leur auteur postérieurement à la naissance de leurs droits. En traitant avec eux, celui-ci s'est mis pour l'avenir dans l'impossibilité de compromettre l'existence ou de restreindre l'efficacité des droits qu'il leur transmettait ; il a donc implicitement renoncé, peut-on dire, dans la mesure de leur intérêt, au droit qui lui appartient de ratifier l'hypothèque par lui consentie en état d'incapacité ; et, s'il peut encore user de ce droit, c'est à la condition de ne leur causer aucun préjudice. Aussi les tiers en question doivent-ils être

admis, semble-t-il, à repousser, en ce qui les concerne, l'effet rétroactif de la confirmation de l'hypothèque. C'est, au surplus, la solution imposée par le législateur lui-même qui, dans la partie finale de l'article 1338, relative aux effets de la confirmation, a pris soin de réserver expressément le droit des tiers. Le droit ainsi réservé aux tiers n'est autre évidemment que celui auquel a renoncé le confirmant, c'est-à-dire, d'après les propres termes de l'article 1338, le droit de se prévaloir des moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'acte vicié, droit qui comprend, sans aucun doute, celui de repousser l'effet rétroactif de la confirmation de cet acte.

Cette solution, qu'on pourrait, au premier aspect, croire à l'abri de toute controverse, ne laisse pas, si l'on va au fond des choses, d'être fort critiquable.

Elle ne saurait d'abord être appliquée, ce point est d'ailleurs généralement admis, au cas où la confirmation s'induit de ce fait que le constituant incapable ou ses ayants droit ont laissé écouler dix années, depuis que l'incapacité a pris fin, sans agir en nullité. En vain Grenier a-t-il essayé de soutenir le contraire (*Op. cit.*, t. I., n° 47) : son opinion n'a pas trouvé d'écho dans la doctrine. En effet, en cette hypothèse, c'est la loi elle-même qui confirme l'hypothèque et la fait considérer comme ayant toujours été valable, en opposant une fin de

non-recevoir absolue et définitive à toute action en nullité, qu'elle émane soit de l'ancien incapable, soit des tiers dont nous nous occupons. Et c'est justice, car ces derniers ont à s'imputer le préjudice, si préjudice il y a, que leur cause la confirmation accomplie *tempore*, puisque, pouvant invoquer la nullité de l'hypothèque, ils ont laissé passer le délai fixé par la loi sans la faire prononcer.

Malgré la disposition finale de l'article 1338, nous ne saurions davantage admettre, au cas d'une confirmation expresse de l'hypothèque, que le principe de la rétroactivité de la confirmation dût fléchir devant l'intérêt de ceux auxquels l'ancien incapable a antérieurement conféré des droits sur l'immeuble hypothéqué. Cette manière de voir tient à des considérations que nous avons déjà eu l'occasion d'exposer à propos des effets de la ratification de l'hypothèque consentie par un porte-fort (*V. suprà*, n° 102). Les raisons de décider sont les mêmes dans les deux hypothèses. Nous partons de cette idée que le maintien à sa date de l'hypothèque confirmée n'est pas inconciliable avec l'existence du droit, hypothèque ou propriété, qui a pu être conféré à un tiers sur le même immeuble : plusieurs hypothèques peuvent, en effet, être successivement consenties sur le même bien, et, d'autre part, rien n'empêche d'aliéner un bien qu'on a précédemment grevé d'hypothèque. Ceci

posé, nous faisons le raisonnement suivant : en vendant ou en hypothéquant une seconde fois l'immeuble qu'il avait déjà hypothéqué en état d'incapacité, l'ex-incapable n'a pas virtuellement et nécessairement renoncé à la faculté de confirmer l'hypothèque primitive au préjudice de son co-contractant : ce dernier, averti par l'inscription de l'existence de cette hypothèque, a pu et dû s'attendre à la voir confirmer. Si donc il a gardé le silence lorsqu'il a traité avec l'ex-incapable, c'est qu'il acceptait la situation ; il serait mal venu à prétendre ensuite que l'hypothèque confirmée ne lui est pas opposable, dès lors que le propriétaire ne lui a pas formellement déclaré au moment du contrat qu'elle n'aurait aucun effet à son égard.

On nous objecte (1) que cet argument conviendrait aussi bien à un autre cas à propos duquel il y a cependant accord parfait dans la doctrine et dans la jurisprudence pour décider que l'effet rétroactif de la confirmation ne se produit pas à l'encontre des tiers : c'est le cas d'un ex-incapable confirmant une vente immobilière qu'il a faite en état d'incapacité et qui a été suivie d'une nouvelle vente du même immeuble par lui consentie depuis la cessation de son incapacité et avant la confirmation de la première. Ne peut-on pas dire,

(1) M. Garsonnet, dans une note sous Civ. cass., 13 décembre 1875, *Dall.*, 76, 1, 97.

en effet, que le second acheteur, à qui la transcription a révélé l'existence de la première vente, a pu et dû prévoir qu'elle serait confirmée ? — Tirer de là un argument contre notre théorie, c'est méconnaître son point de départ, qui est pourtant indiscutable. Oui, sans aucun doute, celui qui a traité avec l'ex-incapable a été averti, dans un cas aussi bien que dans l'autre, de l'existence de l'acte passé en état d'incapacité et susceptible d'être confirmé ; mais, et cette différence entre les deux situations est pour nous décisive, dans l'hypothèse qui fait l'objet de notre question, l'inscription lui a révélé que le droit précédemment conféré par son auteur était une hypothèque, c'est-à-dire un droit n'empêchant en aucune façon le maintien du sien, tandis que, dans le cas de deux ventes successives, la transcription lui a appris que le droit primitif était déjà un droit de propriété, droit ne pouvant, en conséquence, avoir des effets coexistants avec les effets du sien, puisque deux droits de propriété sur la totalité d'un même immeuble s'excluent l'un et l'autre, sont en quelque sorte impénétrables. Son silence au moment du contrat s'explique donc à merveille dans cette dernière hypothèse. Pourquoi, en effet, aurait-il exigé de son vendeur un engagement formel de ne pas confirmer la première vente, puisqu'en consentant à son profit une seconde

vente du même immeuble, l'ex-incapable montrait par là même son intention de tenir la première comme non avenue et s'enlevait virtuellement et nécessairement la faculté de la confirmer?

Au contraire, quand le droit résultant du contrat annulable est une hypothèque, tout autre est, nous le répétons, le sens qu'il faut attacher au silence gardé par les parties dans le second contrat ; en effet, l'aliénation ou l'hypothèque consentie par l'ex-incapable n'implique en aucune façon de sa part l'intention de se dépouiller du droit qui lui appartient de confirmer l'hypothèque primitive ; quant à son cocontractant, s'il n'a pas protesté contre la confirmation dont il se savait menacé, c'est, à n'en pas douter, parce qu'il a bien voulu accepter la situation : il doit donc être repoussé, lorsqu'il vient ensuite prétendre qu'il a entendu acquérir un immeuble entièrement dégrevé ou une hypothèque première en rang. Si telle avait été réellement votre pensée, peut-on lui répondre, vous n'auriez pas manqué, avant de conclure le contrat, le moindre souci de votre intérêt vous en faisait un devoir, d'exiger de votre auteur qu'il renonçât expressément en votre faveur à ratifier l'hypothèque par lui consentie en état d'incapacité, car vous ne pouviez et vous ne deviez pas, sans manifestation de sa part d'une volonté contraire, lui prêter gratuitement l'inten-

tion de ne pas faire honneur à ses engagements antérieurs.

Notre solution, qu'on le remarque bien, n'est nullement en contradiction avec l'article 1338 *in fine*, aux termes duquel la confirmation ne peut jamais préjudicier aux droits des tiers. Il est bien certain, en effet, que cet article ne réserve les droits des tiers que dans les termes où ceux-ci les ont acquis. Or, à notre sens, on ne peut pas dire qu'il soit porté atteinte à leurs droits le jour où la confirmation qu'ils ont pu et dû prévoir vient à se réaliser (1).

Ajoutons que la même solution s'imposerait si le droit en conflit avec l'hypothèque confirmée était une hypothèque légale ou judiciaire. Une telle hypothèque n'étant pas née de la volonté de

(1) En ce sens, Toullier, *Droit civil français*. t. VII, nº 524, et t. VIII, nº 564 ; Merlin, *Questions de droit*, vº Hypothèque, § IV, nos 6 et 7 ; Troplong, *op. cit.*, nos 487 et s. ; MM. Pont, *op. cit.*, nº 616 ; Valette, sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 501 ; Labbé, *De la ratif. des actes d'un gér. d'aff.*, nº 74 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 270, texte et note 31. — Paris, 15 décembre 1830, *Sir.*, 31, 2, 83. — *Contrà*, Grenier, *op. cit.*, t. I, nº 42 ; Marcadé, *Explicat. du Code civil*, sur l'art. 1338, nº 4 ; Larombière, *op. cit.*, t. VI, sur l'art. 1338, nos 53 et s. — Paris 23 juillet 1838, *Sir.*, 39, 2, 5 ; Montpellier, 6 janvier 1866, *Sir.*, 66, 2, 280. — Nous ne pouvons, sans faire une réserve, invoquer en faveur de notre opinion l'autorité de MM. Aubry et Rau, car ces éminents auteurs ne la soutiennent qu'en partie, au seul cas de deux hypothèques successives ; ils se prononcent au contraire très-nettement contre elle, dans la note 30, lorsque le second acte est une aliénation. La raison de cette distinction nous échappe.

l'ex-incapable, on ne peut même plus soutenir ici qu'il ait renoncé, au moment où elle a commencé d'exister, à la faculté de confirmer à son préjudice l'hypothèque nulle qu'il avait antérieurement consentie. Aussi avons-nous quelque peine à comprendre que la Cour de Douai ait cru devoir décider, dans un arrêt du 18 mai 1840 (*Sir.*, 40, 2, 289), que la confirmation, par le mineur devenu majeur, d'une hypothèque constituée en minorité, peut être repoussée par la femme avec laquelle il a dans l'intervalle contracté mariage.

Il va sans dire qu'opposable aux tiers dont les droits sont antérieurs, la confirmation l'est également, à plus forte raison, sans qu'il soit besoin d'une nouvelle inscription, à ceux dont les droits sont postérieurs. On pourrait s'attendre à voir ce dernier point contesté, comme le premier, par les partisans de la non-rétroactivité de la confirmation à l'encontre des tiers antérieurs ; car, par rapport à une confirmation qui n'a pas été rendue publique, les tiers postérieurs sont dans la même situation que les tiers antérieurs : c'est, pour eux, comme si elle n'avait pas eu lieu. Ils sont donc, semble-t-il, fondés à prétendre, suivant ce système, qu'ils ont traité avec l'ex-incapable dans la pensée qu'il leur transmettait une hypothèque de premier rang ou un immeuble entièrement dégrevé, et que, par suite, l'hypothèque primitive

dont la confirmation n'a pas été publiée est à leur égard comme une hypothèque antérieurement consentie qui n'aurait pas été inscrite. Cette objection n'a pas arrêté nos adversaires, et, comme nous, ils décident généralement que l'hypothèque confirmée, si elle a été déjà régulièrement inscrite, n'est point assujettie, pour être opposable aux tiers dont les droits sont postérieurs, à une nouvelle inscription à prendre en conséquence de l'acte de confirmation, par cette raison, vraie au fond, mais non entièrement probante dans leur système, que la confirmation ne constitue pas un titre nouveau, qu'elle emporte simplement, suivant les termes de l'article 1338, renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'hypothèque confirmée (1).

170. Nous en avons ainsi terminé avec les incapacités dont la cause révèle une idée de protection. Il nous faut maintenant dire quelques mots d'une incapacité qui constitue, en un certain sens, une peine pour celui qu'elle atteint : c'est celle qui résulte de l'état d'interdiction légale.

On sait qu'aujourd'hui toutes les peines criminelles afflictives entraînent de plein droit, pendant leur durée, l'interdiction légale du condamné

(1) V. notam. M. Larombière, *op. et loc. cit.*, nº 56. — Civ. rej., 25 novembre 1856, *Sir.*, 57, 1, 117.

(Pén., art. 29 ; Loi du 31 mai 1854, art. 2), auquel, suivant les termes de l'article 29 du Code pénal, il est nommé un tuteur et un subrogé-tuteur pour gérer et administrer ses biens, dans les formes prescrites pour les nominations des tuteurs et subrogés-tuteurs aux interdits. L'interdit légal est donc assimilé, par la loi elle-même, au point de vue de la mise en tutelle, à l'individu interdit par décision des tribunaux civils : comme lui, il est dessaisi de l'administration de ses biens ; comme lui, par conséquent, il est privé du droit de consentir tout acte de disposition, une hypothèque notamment, qu'il ne pourrait faire par lui-même sans porter atteinte aux règles qui régissent cette administration. C'est le tuteur qui accomplira ces actes pour lui, s'il y a lieu.

Mais là doit s'arrêter, dans le silence de la loi, l'assimilation entre l'interdiction judiciaire et l'interdiction légale, car, s'il est vrai que ces deux institutions répondent l'une et l'autre à la nécessité de ne pas priver d'un administrateur un patrimoine en péril, il n'est pas moins évident qu'elles diffèrent dans leur but : la première n'est, en effet, qu'une mesure de protection pour les personnes dont l'esprit est affaibli ou dérangé, tandis que la seconde est avant tout, une mesure pénale, destinée à empêcher le condamné de s'assurer des ressources pécuniaires dont il pourrait user pour adoucir

les rigueurs de sa peine ou pour se procurer des moyens d'évasion (Locré, *Législat. civ.*, t. XXIX, p. 208, n° 23).

Différentes dans leur but, l'interdiction légale et l'interdiction judiciaire doivent l'être également dans leurs conséquences. Ainsi, pour nous en tenir à notre sujet, tout en reconnaissant que l'interdit civil et l'interdit criminel sont l'un et l'autre incapables de conférer une hypothèque sur leurs immeubles, nous ne croyons pas que la nullité d'une pareille constitution ait le même caractère dans les deux cas : le constituant est-il un interdit civil, il sera, nous l'avons vu, seul admis à invoquer une nullité prononcée dans son seul intérêt ; s'agit-il, au contraire, d'un interdit criminel, la nullité de l'hypothèque pourra, pensons-nous avec d'excellents auteurs, être opposée par tous les intéressés, parce qu'elle constitue alors une sanction d'intérêt général, établie en vue d'assurer l'exécution des lois répressives. Les tiers avec lesquels l'interdit a traité seront donc admis à la faire valoir, lors même qu'ils auraient eu connaissance de sa position de condamné à l'époque du contrat. Si un doute pouvait s'élever ici, ce serait plutôt, à notre sens, sur le point de savoir s'il ne faudrait pas aller jusqu'à refuser l'action en nullité au condamné lui-même, car, peut-on dire avec M. Demolombe (*op. cit.*, t. I, n° 193),

« il paraîtrait d'abord assez raisonnable de ne pas permettre à l'interdit de se prévaloir des suites de son crime, et de l'interdiction qu'il a lui-même violée ». Mais toute hésitation disparaît quand on songe qu'une telle solution aurait pour résultat de compromettre gravement l'intérêt d'ordre public sur lequel est fondée l'interdiction légale. Le but de cette institution serait certainement manqué, si les tiers pouvaient en toute sécurité prêter de l'argent au condamné, sans craindre de voir annuler, à la demande de ce dernier, l'hypothèque qu'il leur aurait consentie en retour. « Cette solution est nécessaire, dit fort nettement M. Demolombe, pour atteindre efficacement le but de l'interdiction légale, et empêcher toutes les manœuvres, toutes les spéculations, qui pourraient chercher à exploiter la situation et les besoins du condamné, pendant la durée de sa peine (1). »

C'est seulement, ajoutons-nous avec les mêmes auteurs, au cas où le condamné aurait abusé de la bonne foi des tiers, en leur dissimulant frauduleusement son incapacité, que le droit d'agir en nullité devrait lui être refusé. On ne peut plus dire alors que l'action des lois répressives est entravée, car, « dès que l'on suppose qu'il (le con-

(1) *Op. et loc. cit.* — V., dans le même sens, MM. Valette, sur Proudhon, *op. cit.*, t. II, pp. 556 et 557 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, § 85, p. 354, texte et notes 6 et 7.

damné) a dissimulé son état, et que les tiers ont été de bonne foi, on suppose par là même que la force des choses a empêché la loi d'atteindre son but, et dès lors, la nullité que l'on prononcerait à la demande du condamné ou de ses héritiers se réduirait à une peine infligée, sans utilité, à des personnes innocentes. Il suffira, pour donner à la loi tous ses effets possibles et raisonnables, de faire subir la nullité dont il s'agit, aux tiers qui ont sciemment participé à des actes que la loi avait défendus dans un ordre d'intérêt public » (1).

171. La liste des personnes qui, n'ayant pas la faculté d'aliéner valablement leurs immeubles, ne peuvent, par suite, les hypothéquer, serait bien incomplète, si l'on en omettait le failli, à propos duquel se posent les questions les plus intéressantes et les plus pratiques de la matière. Il est vrai que l'impossibilité d'hypothéquer n'est plus ici une conséquence du principe que le constituant doit être capable d'aliéner, selon les termes de la rubrique de notre chapitre, puisque, même après le jugement déclaratif de la faillite, le failli conserve, ainsi que nous allons le démontrer, sa pleine capacité civile. Mais qui ne voit qu'en employant l'expression *capacité* dans l'article 2124, le législateur, loin de la prendre dans son sens rigou-

(1) M. Valette, *op. et loc. cit. in fine.* — Cpr. Caen, 5 janvier 1843, *Rec. de Caen.*, t. VIII, p. 178.

reusement juridique, a surtout voulue dire que, pour hypothéquer un immeuble, il faut avoir la faculté, le pouvoir de l'aliéner, ce qui implique non seulement que le constituant doit être capable d'aliéner, mais aussi que l'immeuble ne doit pas avoir été frappé d'une inaliénabilité absolue ou relative? C'est là, d'ailleurs, une pure question de mots : nous allons voir que l'aliénation et l'hypothèque marchent de pair dans la législation des faillites, et qu'en aucune circonstance l'une n'est modifiée sans que l'autre le soit en même temps et dans la même mesure.

172. Voici d'abord l'article 443 du Code de commerce, lequel dispose, dans son premier alinéa, que « le jugement déclaratif de la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite », ce qui entraîne pour le failli l'impossibilité d'aliéner ses biens, soit directement, soit indirectement. Il ne peut donc, à compter du jour où la faillite est déclarée, ni vendre ni hypothéquer ses immeubles (1).

(1) Une loi récente, la loi du 4 mars 1889, tout en laissant subsister le régime de la faillite, permet à tout commerçant qui cesse ses paiements d'obtenir, moyennant l'accomplissement de certaines formalités dans des délais très-brefs, le bénéfice de la liquidation judiciaire, grâce auquel il échappe à la faillite proprement dite et à la plupart des incapacités qu'elle entraine. A la différence du failli, le débiteur en état de liquidation judiciaire n'est pas, en principe, dessaisi de l'administration de ses biens ; il conserve son initiative

Nous savons déjà qu'en dessaisissant le failli de l'administration de ses biens, le législateur n'a pas voulu l'assimiler à un interdit et le frapper d'une véritable incapacité. S'il était allé jusque-là, en effet, il aurait dépassé le but à atteindre, qui était seulement de mettre la masse des créanciers à l'abri des conséquences des actes par lesquels leur débiteur aurait pu diminuer le gage commun. Or, pour obtenir ce résultat, point n'était besoin de frapper le failli dans sa personne : il suffisait de le frapper dans ses biens, en les déclarant indisponibles vis-à-vis des créanciers. Et de fait, c'est à ce dernier parti que s'est arrêté le législateur, dont la pensée à cet égard se révèle dans plusieurs dispositions qui supposent le maintien de la capacité personnelle du failli (1).

personnelle, et peut même, sous certaines conditions, continuer l'exploitation de son commerce ou de son industrie. Toutefois, au point de vue qui nous occupe, la situation du débiteur liquidé ne diffère pas de celle du failli, car, aux termes de l'article 5 de la loi nouvelle, à partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, le débiteur ne peut contracter aucune nouvelle dette, *ni aliéner tout ou partie de son actif* ; or, nous savons que la constitution d'hypothèque est essentiellement un acte d'aliénation. Il suit de là que tout ce que nous dirons de l'hypothèque consentie par le failli après le jugement déclaratif peut être appliqué, par identité de motifs, à l'hypothèque consentie par le débiteur admis au bénéfice de la liquidation judiciaire.

(1) V. notam. les art. 443 *in fine*, 580, 597 et 598, C. com. ; — MM. Boistel, *Préc. de dr. comm.*, nº 906 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, nº 2661.

Il suit de là qu'après la faillite déclarée, le débiteur reste aussi pleinement capable de contracter qu'auparavant; seulement les contrats par lui passés, quoique valables en eux-mêmes, ne sauraient être exécutés au détriment de la masse de ses créanciers. Il peut donc encore, cela n'est pas douteux, consentir une hypothèque sur un ou plusieurs de ses immeubles; mais, comme les hypothèques sont toujours nuisibles aux créanciers, celle-ci sera évidemment inefficace. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait supposer que, par suite d'un retour subit à une meilleure fortune, grâce, par exemple, à l'arrivée d'une succession, d'une donation ou d'un legs, le failli parvînt à désintéresser tous ses créanciers avant la vente de ses immeubles; rien ne s'opposerait plus alors, en effet, à ce que l'hypothèque par lui consentie après sa mise en faillite s'exécutât sur les biens qui avaient été frappés d'indisponibilité en conséquence du jugement déclaratif.

Tout cela revient à dire, et c'est notre conclusion, que l'hypothèque constituée par le failli, bien que valablement consentie, n'est pas opposable à la masse de ses créanciers.

173. Mais la déclaration de faillite n'affecte pas seulement les actes que pourra faire le failli dans l'avenir; elle rejaillit aussi sur quelques-uns de ceux qu'il a faits dans le passé, pendant la période

dite suspecte, c'est-à-dire depuis l'époque fixée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements, ou même, pour certains actes, dans les dix jours précédents (art. 446 et 447, C. com.). Il y a là, en effet, un temps plus ou moins long pendant lequel le commerçant, aux prises avec la gêne, essaie par tous les moyens possibles de sortir de la crise où il se débat : il rembourse avec ce qu'il a sous la main, souvent avec des marchandises, les créanciers qui crient le plus fort ; il donne des garanties, il consent des hypothèques, afin d'obtenir des délais ; il avantage, en un mot, quelques-uns de ses créanciers au détriment des autres. On conçoit dès lors que la loi des faillites, qui cherche avant tout à assurer l'égalité entre tous ceux qui ont traité avec le failli, ait permis à la masse des créanciers de faire tomber de pareils actes.

Ici encore, nous allons constater une fois de plus l'étroite corrélation qui existe entre l'hypothèque et l'aliénation. L'une et l'autre sont, en effet, atteintes par la loi commerciale de la même façon et dans la même mesure, lorsqu'elles ont été consenties pendant la période suspecte : elles demeurent, en principe, pleinement valables, si le failli a reçu en retour un équivalent ou tout au moins une compensation ; elles sont, au contraire, nulles de droit à l'égard de la masse, si elles ont été, de la part du failli, une pure libéralité.

Sous le Code de 1807, il en était autrement : la distinction et ses conséquences n'étaient admises que pour l'aliénation (ancien art. 444); à l'inverse, l'ancien article 443 frappait de nullité indistinctement toute hypothèque consentie par le failli depuis l'ouverture de la faillite (qui remontait à la date de la cessation des paiements) ou dans les dix jours précédents. Cette différence entre le sort de l'aliénation et celui de l'hypothèque était profondément irrationnelle ; elle entraînait parfois des conséquences rigoureuses et même injustes pour le créancier hypothécaire. Lorsque, par exemple, l'hypothèque avait accompagné un prêt, n'était-il pas inique d'annuler la constitution d'hypothèque, alors que l'acte de prêt, dont elle avait été la condition, avec lequel elle formait en réalité un tout indivisible, demeurait inattaquable? Aux auteurs de la loi de 1838 revient le mérite d'avoir enfin consacré les vrais principes, en appliquant, dans le nouvel article 446, le même système équitable à l'aliénation et à l'hypothèque. Ce sont là, en effet, deux actes de même essence, entre lesquels l'harmonie ne doit être rompue que pour des raisons exceptionnellement graves.

Précisons maintenant la distinction d'après laquelle l'article 446 du Code de commerce règle le sort de l'hypothèque constituée par le failli pen-

dant la période suspecte. « Sont nuls et sans effet, dit-il, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque : — Tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit; —.....; — Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées. » Il suit de là que, pour savoir si l'hypothèque est nulle ou valable, il faut examiner l'acte de naissance de la créance et celui de l'hypothèque : ces deux actes portent-ils la même date, l'hypothèque est valable; elle est nulle, au contraire, si sa naissance est postérieure en date à celle de la créance (1).

Cette distinction entre l'hypothèque sœur jumelle et l'hypothèque sœur cadette de la créance correspond à merveille, on ne saurait le nier, à celle que fait le même article entre l'aliénation à

(1) Aux termes de l'article 19 de la loi du 4 mars 1889, le tribunal de commerce « déclare (c'est donc une obligation, et non une faculté) la faillite à toute période de la liquidation judiciaire : 1° si, depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents, le débiteur a consenti l'un des actes mentionnés dans les art. 446, 447,....., mais dans le cas seulement où la nullité aura été prononcée par les tribunaux compétents ou reconnue par les parties; 2°..... etc..... »

titre onéreux et l'aliénation à titre gratuit. En effet, lorsque l'hypothèque est née en même temps que la dette qu'elle garantit, elle présente tous les caractères d'une aliénation à titre onéreux ; si elle ne forme pas à proprement parler l'équivalent du prêt effectué, elle en est tout au moins la contre-partie, la condition essentielle ; de sorte qu'on ne saurait, sans violer la loi du contrat, séparer son sort de celui du prêt et la déclarer nulle, alors que celui-ci reste pleinement valable. Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, qu'elle ne pourra jamais être annulée : nous verrons bientôt, au contraire, que l'article 447 déclare annulables tous actes, l'hypothèque comme les autres, passés par le failli dans le temps suspect, si le créancier qui a traité avec lui a eu connaissance de la cessation de ses paiements ; nous pourrions même supposer, sans sortir du domaine de l'article 446, que l'hypothèque a été consentie comme garantie d'une donation faite par le débiteur dans la période prévue. Mais, dans ces hypothèses, l'hypothèque ne tombe pas isolément : elle est entraînée par la chute de la dette, avec laquelle elle forme un tout indivisible.

Il en est autrement quand l'hypothèque est constituée après que la dette a été contractée. Elle n'est plus alors une condition de l'opération, puisque, le prêt étant un fait accompli, elle est concé-

dée à un moment où le créancier n'a plus en aucune façon le droit de l'exiger. Aussi la loi peut-elle, sans méconnaître l'intention des parties, l'annuler isolément, si elle nuit aux créanciers de la faillite en rompant l'égalité qui doit exister entre eux. Or, tel est bien le cas de l'hypothèque sœur cadette de la créance : le débiteur, en la constituant, fait un pur cadeau à son créancier (1), et ce, à une époque où il n'a plus le droit d'être généreux ; son action ne peut guère s'expliquer que par la pensée mauvaise d'avantager ce créancier au détriment des autres. On conçoit dès lors que la loi assimile au regard de la masse l'hypothèque ainsi consentie à une donation et la déclare nulle de plein droit, malgré le maintien de la créance. C'était déjà, remarquons-le, la règle admise par le droit romain en matière d'action paulienne : « *Si cui solutum quidem non fuerit*, disait Ulpien, *sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione*

(1) L'article 446 ne fait aucune distinction entre l'hypothèque garantissant une dette non échue et l'hypothèque garantissant une dette échue. M. Bravard (*Tr. de dr. comm.*, t. V, pp. 253 et s.) ne conçoit pas, dans ce dernier cas, qu'une simple sûreté destinée à garantir le paiement soit annulée, alors qu'en vertu du même article le paiement aurait été valable. Nous ne saurions partager cette manière de voir : rien ne permet, en effet, de suspecter la bonne foi d'un créancier qui reçoit son paiement, tandis qu'il y a tout lieu de supposer que celui qui demande une hypothèque qu'il n'avait pas exigée dès le début connait la situation obérée du débiteur, et qu'il veut, au détriment des autres créanciers, se soustraire au risque qu'il court de ne toucher qu'un dividende par suite de l'éventualité de la faillite.

tenebitur, ut est sæpissime constitutum » (Loi 10, p. 13, D., *Quæ in fraud. credit.*, XLII, 8).

174. De ce que l'hypothèque est nulle de droit, il résulte que le tribunal n'a pas à apprécier les circonstances particulières dans lesquelles elle a pu intervenir, ni à tenir compte de la bonne foi possible soit du débiteur, soit du créancier : il est obligé d'en prononcer la nullité, du moment qu'il constate qu'elle a été constituée durant la période suspecte, pour la garantie d'une dette antérieurement contractée. Il y a là une présomption *juris et de jure*.

175. Des doutes se sont élevés, lors de la mise en vigueur de la loi de 1838, sur le sens des mots « dettes antérieurement contractées » employés par le législateur dans l'article 446, et l'on s'est demandé s'il ne fallait pas les entendre dans le sens de : dettes contractées antérieurement à la cessation des paiements. Mais les raisons qui justifient la nullité prononcée par l'article 446 s'appliquent aussi bien aux dettes contractées pendant la période suspecte, mais antérieurement à la constitution de la sûreté, qu'aux dettes antérieures à la période suspecte. Il est dès lors inadmissible que la loi ait fait une distinction aussi irrationnelle entre ces deux espèces de dettes. Les travaux préparatoires ne permettent pas, d'ailleurs, la moindre hésitation sur ce point, car il a été dit

formellement, lors de la discussion à la Chambre des Députés, que, par « dettes antérieurement contractées », on entendait les dettes contractées avant la concession des divers droits mentionnés dans l'article (1).

176. Il faut, bien entendu, que l'hypothèque ait été conférée par le débiteur lui-même. Si elle avait été donnée à un créancier du failli, même pour une dette antérieure, par une caution réelle, il n'y aurait aucune raison de l'annuler, car alors, au moins quand le tiers en payant n'a pas de recours contre la masse, loin d'être préjudiciable à la masse, elle lui est, au contraire, avantageuse, puisqu'elle dégrève le passif de la faillite de la somme qui serait revenue au créancier au profit duquel elle est constituée. En tout cas, elle n'empire en rien la condition de la masse (2).

177. En raison de son caractère de sanction spéciale et exorbitante, la nullité prononcée par l'article 446 ne s'applique qu'à l'hypothèque remplissant rigoureusement les conditions indiquées au texte. Elle laisse donc en dehors de ses atteintes, non seulement l'hypothèque sœur jumelle, mais aussi l'hypothèque sœur aînée de la créance. Et c'est justice, car cette dernière, bien qu'antérieure

(1) V. *Moniteur universel*, 31 mars 1838, p. 746. — Cf. Req. rej., 11 juillet 1881, *Dall.*, 82, 1, 296.

(2) MM. Bravard et Demangeat, *Traité de dr. comm.*, t. V, pp. 252 et 253 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, nº 2760.

à la dette, n'en est pas moins la cause de sa naissance, et le sort de l'une ne saurait être séparé de celui de l'autre. Ce cas se présente notamment quand une hypothèque est constituée à l'occasion d'une ouverture de crédit, opération qui n'est autre chose qu'une promesse de prêt et ne se transforme en prêt que par sa réalisation (V. Req. rej.., 8 mars 1854, *Sir.*, 56, 1, 170).

178. L'application de l'article 446 peut donner lieu à une difficulté quand l'hypothèque dont on demande la nullité a été consentie pour garantir à la fois une dette antérieure et une dette contractée soit au moment même, soit postérieurement. L'hypothèse est bien simple : pendant la période suspecte, le débiteur recevant de l'un de ses créanciers chirographaires une somme d'argent, à titre de prêt par exemple, lui confère une hypothèque pour sûreté de la créance nouvelle et de l'ancienne. Quel va être le sort de cette hypothèque ? Sera-t-elle nulle pour le tout ou seulement pour partie ? M. Bédarride tient pour la nullité totale, en se fondant sur ce que le prêt n'est en réalité que le prix du consentement du débiteur à la constitution de l'hypothèque pour la créance antérieure (*Traité des faillites*, t. I, n° 123). Mais une simple présomption de fraude ne saurait justifier une solution aussi rigoureuse. L'article 446 ne s'y prête pas, d'ailleurs, car il n'annule que l'hypothèque con-

sentie après l'obligation, et non celle qui est consentie en même temps. Aussi est-il préférable de décider que l'hypothèque ne doit être annulée que dans la mesure de la créance déjà née au moment du second contrat. Pour la somme qui correspond à la créance nouvelle, elle est liée au sort de celle-ci : elle pourra, il est vrai, être annulée de ce chef, par application de l'article 447, s'il est prouvé que le créancier avait, au moment de l'opération, connaissance de l'état de cessation de paiements dans lequel se trouvait le constituant ; mais son annulation ne sera plus alors que la conséquence de celle de la créance (1).

Nous faisons néanmoins une réserve pour le cas où il ressortirait clairement des documents du procès que l'avance nouvelle a été le prix et rien que le prix de l'hypothèque. Celle-ci tomberait alors, pensons-nous avec la jurisprudence, sous le coup de la nullité prononcée par l'article 446, car il ne serait plus vrai de dire qu'elle a été consentie pour sûreté d'une dette nouvelle, puisque, dans la vérité des choses, le constituant n'aurait pas contracté une dette, mais aurait reçu le prix d'une garantie frauduleusement donnée pour les avances antérieures. (Req. rej., 13 août 1883, *Dall.*, 84, 1, 207).

(1) V., en ce sens, Dalloz, *Rép.*, v° Faillite, n° 297 ; MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 2765.

179. En pratique, la combinaison dont nous examinons les conséquences est fréquemment appliquée à l'occasion d'une ouverture de crédit. Un commerçant s'est fait ouvrir par un banquier un crédit jusqu'à concurrence d'une certaine somme, vingt mille francs par exemple. Au moment où le contrat est intervenu, le banquier, plein de confiance dans la solvabilité de son client, n'a exigé de lui aucune garantie spéciale, aucune hypothèque ; mais plus tard, alors qu'il a déjà fait des avances dont le montant s'élève, nous le supposons, à la somme de dix mille francs, voilà que, prévoyant ou non que le crédité est à la veille d'être déclaré en faillite, il se ravise et obtient de lui la concession d'une hypothèque destinée à garantir à la fois le remboursement des avances antérieures et celui des avances nouvelles ou futures. La faillite survient, et il se trouve que l'hypothèque a été constituée postérieurement à la date de la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents. Par application de l'article 446, nous pensons qu'elle ne devra être annulée que dans la mesure où elle garantit le remboursement des dix mille francs déjà avancés, car, relativement aux autres, dont le versement a été, par hypothèse, concomitant ou postérieur, on ne peut pas dire qu'elle a été constituée pour une dette antérieurement contractée, puisque

c'est le versement seul qui a fait naître la dette.

Mais, peut-on nous objecter, en vertu de l'ouverture de crédit, le banquier était tenu de verser au commerçant la somme de vingt mille francs, sans pouvoir exiger en retour aucune garantie. Si le commerçant a bien voulu lui concéder une hypothèque, c'est un pur cadeau qu'il lui a fait; la lui eût-il refusée, il aurait pu néanmoins exiger le versement des dix mille francs non encore avancés. Ne faut-il pas en conclure, étant donnée l'analogie qui existe entre cette hypothèse et celle de l'hypothèque consentie pour dette antérieurement contractée, que l'hypothèque conférée par le commerçant doit être annulée pour le tout? Il semble bien, en effet, que le motif qui a servi de base à la disposition de l'article 446 se retrouve ici avec toute sa force.

Cette solution, répondons-nous, si elle est conforme à l'esprit de l'article 446, est repoussée par son texte. La constitution d'hypothèque est concomitante ou antérieure au versement des dix mille francs restant dus. Or, c'est seulement à l'instant du versement de cette somme que naît pour le crédité l'obligation de la restituer. La naissance de la dette n'est donc pas antérieure à celle de l'hypothèque, comme l'exige formellement l'article 446 pour que celle-ci tombe de plein droit.

Sans doute, la convention d'ouverture de crédit

engendre à la charge du crédité l'obligation éventuelle de rembourser les sommes qui lui seront avancées; c'est même là une idée qui nous servira plus tard à admettre qu'une hypothèque peut être valablement constituée pour sûreté d'un crédit ouvert non encore réalisé. Mais qu'est-ce qu'une obligation éventuelle, sinon une obligation dont la naissance est simplement possible? Il pourra se faire que le crédité soit obligé, s'il use du crédit qui lui est ouvert; mais il ne le sera qu'à ce moment, et seulement jusqu'à concurrence de la somme qu'il aura reçue. Donc, pour en revenir à l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons, à l'instant où il a consenti l'hypothèque, notre commerçant n'était encore débiteur que de dix mille francs; pour les autres dix mille francs, la constitution d'hypothèque a accompagné ou précédé la naissance de la dette. En un mot, c'est seulement jusqu'à concurrence de dix mille francs que l'hypothèque peut être considérée comme ayant été constituée *pour dettes antérieurement contractées*. Elle ne saurait donc être annulée que dans cette mesure. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que l'article 446, qui prononce une déchéance, doit être interprété d'après sa lettre, et non d'après son esprit.

Au surplus, la solution que nous défendons ne méconnaît pas autant qu'on pourrait le croire l'esprit de l'article 446. En annulant de plein droit

l'hypothèque sœur cadette de la créance, le législateur de 1838 a surtout voulu atteindre un acte par lequel le débiteur avantage un créancier au détriment des autres. Or, est-ce bien là ce qui se produit dans l'hypothèse que nous examinons? Nous ne le pensons pas. Sans doute, le banquier acquiert un droit de préférence pour la somme de dix mille francs, mais, en retour, cette somme vient grossir d'autant le patrimoine du commerçant, c'est-à-dire le gage commun. On ne peut pas dire que ce gage est diminué par la préférence qui s'attache au titre du banquier, alors que celui-ci verse en espèces l'équivalent de ce qu'il reçoit.

Nous avons supposé une hypothèque consentie pour sûreté du remboursement des avances faites en exécution d'une seule et même ouverture de crédit. Il n'est pas douteux que les mêmes principes devraient être appliqués au cas où, avant que le premier crédit ne fût épuisé, ou, à plus forte raison, après son épuisement, un nouveau crédit aurait été ouvert au même crédité en retour d'une constitution d'hypothèque devant garantir en même temps le remboursement des versements antérieurs et celui des versements nouveaux ou futurs : quant à ces derniers, l'hypothèque échapperait à la nullité de l'article 446.

Ce sont là, nous en convenons, des opérations qui le plus souvent ont fort mauvaise mine. Aussi

les juges font-ils bien de se montrer très-circonspects à leur égard, et de ne pas hésiter à annuler l'hypothèque en son entier quand, à défaut d'autres circonstances rendant l'opération suspecte, les nouvelles avances faites au débiteur ne sont pas assez importantes pour démontrer qu'elles ne sont pas le prix d'un avantage obtenu au préjudice de la masse (1).

180. Il arrive très-souvent que l'ouverture de crédit est accompagnée d'un compte-courant, ce qui permet au crédité de faire des remboursements partiels et de réclamer ensuite de nouvelles avances, pourvu que le maximum de la somme pour laquelle le crédit a été ouvert ne soit jamais dépassé. Supposons que, pendant la durée du compte, alors qu'il y a déjà eu des avances faites au crédité, celui-ci confère une hypothèque au créditeur pour sûreté du crédit ouvert, ou même d'un nouveau crédit venant s'ajouter à l'ancien. S'il tombe ensuite en faillite, et que l'hypothèque ait été consentie par lui depuis sa cessation de paiements ou dans les dix jours précédents, allons-nous encore distinguer, comme au cas où il y a simplement ouverture de crédit, entre les sommes avancées antérieurement et celles avancées depuis la constitution de l'hypothèque, et dire qu'elle est nulle,

(1) Poitiers, 20 avril 1885, *Dall.*, 86, 2, 6. — V. également Req. rej., 7 janvier 1879, *Dall.*, 79, 1, 286.

comme tombant sous l'application de l'article 446, dans la mesure où elle garantit les premières, tandis qu'elle reste valable pour la somme correspondant aux avances concomitantes ou postérieures ? En fait, une telle distinction serait impossible, car le compte-courant, d'après l'intention des parties, qui est la loi du contrat, forme une seule et même opération, qu'on ne saurait scinder : pendant son fonctionnement, il n'y a, à proprement parler, ni créances ni dettes distinctes, se formant et s'éteignant successivement, mais seulement un ensemble d'articles de crédit et de débit ; d'où il suit que les avances faites soit antérieurement soit postérieurement à la constitution d'hypothèque se sont confondues avec les remboursements partiels dans le tout compact formé par ces divers articles de crédit et de débit, pour concourir à l'éclosion de la dette unique devant résulter du compte. C'est à la sûreté de cette dette éventuelle du crédité que l'hypothèque a été réellement affectée. Aussi faut-il décider qu'elle ne tombe pas, même pour partie, sous le coup de la nullité prononcée par l'article 446, car elle a été constituée avant et non après la naissance de l'obligation garantie (1).

Il y aurait toujours, d'ailleurs, à tenir compte

(1) Civ. rej., 29 décembre 1880, *Dall.*, 81, 1, 54 ; Lyon, 5 mai 1882, *Dall.*, 83, 2, 235 ; Trib. com. Marseille, 23 avril 1885, *Rec. de Marseille*, 1885, p. 161.

de l'article 447, s'il était établi que le créditeur savait, lors de la constitution d'hypothèque, que le crédité avait cessé ses paiements. Si même il était démontré que l'hypothèque constituée en apparence pour garantir un crédit ouvert avec compte-courant a été en réalité uniquement destiné à assurer le paiement de dettes existant antérieurement, si, par exemple, aucune nouvelle avance n'avait été faite par le créditeur au crédité depuis la concession de l'hypothèque, il y aurait lieu d'annuler celle-ci par application de l'article 446, comme ayant été constituée pour la sûreté d'une dette antérieurement contractée. C'est ce que décide avec raison la jurisprudence (1).

181. Une question nouvelle et intéressante est celle de savoir s'il ne faut pas assimiler, au point de vue spécial qui nous occupe, l'hypothèque promise à l'hypothèque constituée, en ce sens qu'une promesse d'hypothèque accompagnant la naissance de la dette aurait pour effet d'empêcher l'hypothèque postérieurement constituée pendant le temps suspect de tomber sous l'application de l'article 446. L'hypothèse est simple en elle-même ; nous la trouvons dans une espèce qui a été soumise, dans le courant de l'année 1886, à la Cour

(1) Req. rej., 17 mars 1873, *Dall.*, 74, 1, 371 ; Lyon, 7 février 1883, *Dall.*, 83, 2, 236 ; Trib. com. Marseille, 24 août 1886, *Rec. de Marseille*, p. 260.

de Paris. Le 7 mars 1883, M. s'était engagé à donner et consentir une hypothèque sur un de ses domaines, pour garantie d'un prêt de 60,000 francs qui lui était fait le même jour par S., et à remettre à ce dernier, dans un délai de deux mois, les pièces et actes nécessaires pour établir la garantie hypothécaire dès à présent affectée audit prêt. L'hypothèque fut réellement constituée par acte notarié passé à la date du 29 mars suivant. Mais, quelque temps après, M. tomba en faillite, et la date de la cessation de ses paiements fut reportée au 2 avril 1883, de sorte que l'hypothèque par lui consentie à S. se trouvait avoir été constituée dans les dix jours précédant la période suspecte. D'où, de la part du syndic, demande en nullité basée sur ce que cette constitution d'hypothèque était postérieure à la naissance de la dette qu'elle avait pour but de garantir.

Sa prétention fut repoussée par le Tribunal de commerce de la Seine, dans un jugement du 28 août 1884, dont voici les motifs en ce qui la concernait : « Attendu, dit le Tribunal, que..... la promesse de garantie hypothécaire a été concomitante du prêt; qu'elle en a été la condition essentielle; que l'inscription et l'acte notarié n'ont été que la consommation d'une obligation née au moment du prêt et constituant une partie substantielle de la convention; que l'on ne saurait donc y

voir une garantie nouvelle donnée à une dette antérieurement contractée ; que, dès lors, l'inscription dont s'agit ne tombe pas sous l'application de l'article 446 du Code de commerce, etc... »

Mais le système du Tribunal de commerce ne fut pas admis par la Cour de Paris (Paris, 7 juillet 1886, *Sir.*, 87, 2, 65, avec une note de M. Lyon-Caen), qui lui opposa les raisons suivantes : « Considérant, dit-elle dans son arrêt, que la promesse d'une hypothèque ne peut être assimilée à sa constitution ; qu'aux termes de l'article 2127 du Code civil, l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique ; que la promesse d'une garantie de cette nature dans un acte sous seing privé et sans date certaine ne peut produire aucun effet vis-à-vis des tiers ; que, relativement aux créanciers de la faillite, l'hypothèque consentie à S. n'a été réellement conférée que par l'acte authentique du 29 mars 1883, et tombe dès lors dans l'application de l'article 446 du Code de commerce ; ..... ; que c'est donc à bon droit que le syndic demande la nullité de l'hypothèque conférée par M. au profit de S., le 29 mars 1883, etc.... »

En fait, la Cour devait infirmer le jugement du Tribunal de commerce, car, nous avons omis de le dire, l'acte sous seing privé constatant la promesse d'hypothèque n'avait pas reçu date certaine, de sorte que la concomitance de cette promesse et de

l'obligation à garantir n'était pas prouvée à l'égard des créanciers de la masse, lesquels sont évidemment des tiers, et non des ayants cause du failli, en tant qu'ils réclament la nullité des actes antérieurs à la faillite en vertu des articles 446 et suivants (MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 2818). Mais, cette circonstance mise à part, nous nous joignons à M. Lyon-Caen pour repousser la doctrine de la Cour de Paris. Sans doute, la lettre de l'article 446 lui est favorable : il y a bien eu, dans l'espèce, une hypothèque *constituée* pour une dette antérieurement contractée ; c'est la *promesse*, non la *constitution* de l'hypothèque, qui était concomitante au prêt.

Mais la solution contraire nous est imposée par les motifs dont s'est inspiré le législateur de 1838 dans la rédaction de l'article 446. Ces motifs, nous les connaissons ; nous savons que les auteurs de la loi nouvelle ont voulu substituer une règle équitable à la disposition draconienne de l'ancien article 443, dont les conséquences étaient parfois iniques, lorsque, par exemple, l'hypothèque frappée de nullité avait été consentie en même temps que le prêt dont elle devait garantir le remboursement. C'eût été, avons-nous dit, violer la loi du contrat que d'annuler, alors que le prêt était maintenu, la garantie qui en avait été une condition essentielle. Eh bien ! nous le demandons, les motifs invoqués

pour ne pas déclarer nulle l'hypothèque concomitante ne conservent-ils pas toute leur force quand l'hypothèque a été promise au moment où le prêt était consenti ? Est-ce que, dans ce cas comme dans l'autre, la garantie n'a pas été une condition essentielle du prêt ? N'y aurait-il pas même iniquité à séparer le sort de la sûreté de celui de l'obligation en maintenant celle-ci et en annulant celle-là ? En définitive, malgré l'intervalle de temps plus ou moins long qui a pu séparer les deux opérations, la constitution de l'hypothèque n'a été, selon l'expression employée par le Tribunal de commerce, que la consommation d'une obligation née au moment du prêt : c'est par un seul et même acte de volonté que l'hypothèque a été promise et constituée. S'il n'y a pas eu, entre la constitution de la sûreté et la naissance de la créance, concomitance matérielle, il y a eu, en réalité, concomitance juridique. Cela est tellement vrai que le débiteur n'aurait pas pu se refuser à établir l'hypothèque, sans perdre immédiatement le bénéfice du prêt, par application de l'article 1188 du Code civil. On ne saurait donc, sans méconnaître ouvertement l'esprit de l'article 446, s'autoriser de son texte pour violer la loi d'un contrat et diviser ce qui, dans l'intention des parties, était indivisible (1).

(1) Malgré la force de ces considérations, le Tribunal de commerce de la Seine n'a pas cru devoir maintenir sa première solu-

Au surplus, dans cette hypothèse comme dans les précédentes, les juges auront toujours le droit d'apprécier, d'après les faits et documents de la cause, s'il n'y a pas lieu d'annuler la constitution de l'hypothèque en vertu de l'article 447. « Le résultat est bon, dit M. Lyon-Caen dans la note qu'il consacre à l'arrêt de la Cour de Paris ; il restreint les nullités de droit, qui frappent aveuglément même les tiers de bonne foi, au profit des nullités facultatives, que le juge applique après examen des circonstances, à l'encontre des tiers de mauvaise foi. »

182. Le moment est venu de dire en quoi consiste exactement cette nullité facultative de l'article 447, dont nous n'avons pas manqué jusqu'à présent de réserver l'intervention possible, chaque fois qu'ayant eu à nous prononcer sur le sort d'une hypothèque consentie par le failli pendant la période suspecte, nous avons écarté l'application de la nullité de plein droit, prononcée par l'article 446.

Qu'une hypothèque échappant à la nullité de l'article 446 puisse être annulée en vertu de l'article 447, c'est ce qui ne saurait faire aucun doute : du moment, en effet, qu'elle n'a pas été constituée pour une dette antérieurement contractée, tion : dans un jugement rendu à la date du 24 avril 1888, il s'est rallié au système de la Cour de Paris (*Gaz. Pal.*, 88, 1, 746).

il est certain qu'elle n'a pu l'être que pour une dette concomitante ou postérieure, et que, par suite, elle rentre dans la formule très-générale, *tous autres actes à titre onéreux*, employée par le législateur dans l'article 447 (V. notam. Req. rej. 17 mai 1887, *Dall.*, 87, 1, 252). Il devait en être ainsi d'ailleurs, car, si la fraude est moins à présumer quand la constitution d'hypothèque accompagne ou précède la naissance de la dette, elle n'est pas cependant impossible. On conçoit dès lors que la loi, sans rejeter *de plano* une hypothèque consentie dans ces conditions, ait cru devoir permettre au juge du fait d'en prononcer lui-même la nullité, lorsque la mauvaise foi du créancier la lui rendrait suspecte.

Pas n'est besoin, au surplus, qu'il y ait eu à proprement parler fraude de la part du créancier hypothécaire, ni même intention d'abuser de la situation pénible et embarrassée du débiteur. Il faut et il suffit, ainsi que cela résulte de l'article 447, qu'il ait connu, au moment de la constitution, l'état de cessation de paiements. La question de savoir si cette connaissance a existé est résolue souverainement par le juge du fait, d'après les circonstances, sans qu'il soit tenu de préciser aucun fait constitutif de la mauvaise foi du créancier (Req. rej., 11 décembre 1876, *Dall.*, 77, 1, 359).

Faut-il ajouter que la période suspecte de l'ar-

ticle 447 ne comprend pas les dix jours qui précèdent la date fixée comme étant celle de la cessation des paiements ? On ne saurait prétendre, en effet, qu'une personne connaissait un état de choses qui n'existait pas encore.

Du reste, le fait que le créancier aurait connu la cessation des paiements n'entraînerait pas nécessairement l'annulation de son hypothèque. Le juge conserve à cet égard un pouvoir discrétionnaire d'appréciation (1).

183. Une observation commune à la nullité de droit de l'article 446 et à la nullité facultative de l'article 447, c'est que ces nullités ne sont édictées qu'en faveur de la masse. La loi, il est vrai, ne le dit formellement que pour la première, mais on s'accorde à reconnaître qu'il doit en être de même de la seconde, car il y a, entre les deux cas le rapport le plus étroit, et les mêmes motifs doivent conduire aux mêmes conséquences. « Si la nullité de plein droit établie par l'article 446, dit la Cour de Cassation, est purement relative, la nullité que l'article 447 permet de prononcer ne saurait être absolue » (Req. rej., 15 juillet 1857, *Dall.*, 57, 1, 385).

(1) V. notam. Civ. cass., 24 décembre 1860, *Sir.*, 61, 1, 538. Cf. Civ. rej., 18 juillet 1870, *Dall.*, 70, 1, 348. *Adde* : Trib. civ. La Châtre, 14 mars 1883, *Gaz. Pal.*, 84, 1, 105.

184. De là cette première conséquence que l'hypothèque subsiste à l'égard du failli. On ne concevrait pas, en effet, qu'il vînt se prévaloir d'une nullité qui n'a pas été prononcée dans son intérêt, mais dans celui de la masse de ses créanciers. Tout le monde l'admet quand les créanciers n'ont pas encore été appelés à voter sur le concordat, ou bien quand ils sont en état d'union, ou enfin lorsqu'ils n'ont accordé au failli qu'un concordat par abandon d'actif, car, dans ces divers cas, la masse existe toujours.

Mais on n'est plus d'accord lorsque le failli a été remis par un concordat à la tête de ses affaires. La Cour de Cassation décide que la nullité ne peut plus être invoquée du tout, en se fondant sur ce que, s'agissant d'une nullité établie exclusivement au profit de la masse, personne n'a plus qualité pour la faire valoir, puisque la masse disparaît après le concordat (1). Une doctrine opposée prétend, au contraire, que le droit de se prévaloir de la nullité passe de la masse au failli concordataire : à la condition, disent les uns, que ce droit lui ait été expressément cédé par le concordat (2) ; même en l'absence de toute cession, disent les autres,

(1) Req. rej., 30 juillet 1866, *Sir.*, 66, 1, 385 ; Req. rej., 18 février 1878, *Dall.*, 78, 1, 291. — V. également un article de M. Rataud, *Revue critique*, t. XXXI, pp. 1 et s.

(2) En ce sens, M. Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° Concordat, n° 199.

parce que c'est dans l'intérêt des créanciers que le failli a été remis à la tête de son patrimoine, et que cet intérêt exige qu'il puisse invoquer, le cas échéant, les nullités dont il s'agit, tant qu'il n'a pas exécuté complètement son concordat (1).

Cette dernière théorie n'est guère admissible, car elle repose sur une idée erronée. Il n'est pas vrai de dire, en effet, que le failli concordataire reprend l'administration de ses biens dans l'intérêt des créanciers : sans doute, c'est le souci de leur intérêt qui, le plus souvent, pour ne pas dire toujours, commande à ceux-ci de mettre le failli à même d'acquérir de nouvelles ressources qui lui permettront de leur donner un dividende plus élevé que celui qu'ils auraient obtenu par suite de la réalisation de son actif ; mais le failli ne devient pas pour cela le représentant des créanciers, comme l'était le syndic ; il administre bel et bien en son propre nom, à tel point que rien ne l'empêche de contracter de nouvelles dettes, et que, s'il revient à meilleure fortune, les dividendes des créanciers resteront néanmoins les mêmes. L'objection est très-juste, répondent les partisans de la cession expresse, quand les effets du concordat n'ont pas été restreints par des clauses spéciales, mais elle porte à faux lorsque les créanciers ont mis des

(1) V. notam. une dissertation de M. Alauzet, en note sous *Sir.*, 66, 1, 385. — Poitiers, 2 mai 1854, *Sir.*, 58, 1, 705, à la note.

conditions formelles à la faveur qu'ils accordaient au failli, particulièrement, pour notre cas, lorsqu'ils l'ont chargé de faire prononcer, en tant que leur intérêt l'exigerait, la nullité des actes atteints par les articles 446 et suivants. Nous ne saurions davantage souscrire à cette thèse, car nous ne reconnaissons pas à la masse le droit de céder au failli le bénéfice des articles 446 et suivants. Comme le dit fort bien M. Rataud, dans l'intéressant article qu'il a consacré à l'examen de la question, le droit de se prévaloir des nullités dont il s'agit n'est que l'accessoire des créances qui forment le passif de la faillite. Peut-on concevoir que ce droit accessoire soit détaché des créances qu'il doit protéger pour faire l'objet d'une cession séparée ? Ajoutons qu'en admettant même qu'une telle cession fût possible, il faudrait encore refuser au failli le droit de s'en autoriser pour venir attaquer une hypothèque qu'il a lui-même consentie librement et en pleine capacité, car l'obligation de garantie dont il est tenu comme constituant, suffit à l'empêcher d'invoquer contre cette hypothèque une nullité qui n'est pas d'ordre public.

Reste la première opinion, celle qui n'accorde à personne le bénéfice des nullités en question. Le raisonnement d'où elle procède est, on ne saurait le nier, d'une logique irréprochable, mais il conduit à une conséquence quelque peu rigoureuse

pour les créanciers. Il est désirable, en effet, et ce nous paraît être le vœu de la loi, que les actes frappés de nullité dans l'intérêt de la masse ne nuisent à celle-ci ni directement ni indirectement. Pour atteindre ce but, pour éviter de rendre peut-être impossible l'exécution du concordat, nous croyons d'abord qu'une clause spéciale de ce contrat pourrait décider que le syndic restera en fonctions pour faire valoir les nullités, jusqu'à parfait paiement des dividendes convenus. En second lieu, nous sommes d'accord avec les meilleurs auteurs pour admettre que, s'il est conforme aux principes généraux de refuser au failli la qualité d'ayant cause ou de représentant de l'ancienne masse, il est naturel, au contraire, de considérer chacun des créanciers comme ayant succédé à titre individuel aux droits collectifs de celle-ci, comme étant, par conséquent, son ayant cause dans la mesure du dividende auquel il a droit. Cette manière de voir s'appuie sur une disposition formelle du Code de commerce, l'article 517, qui maintient, après le concordat, l'hypothèque de la masse au profit individuel de chaque créancier. Nous en concluons que la nullité de l'hypothèque consentie par le failli pendant la période suspecte pourra être invoquée par chacun des créanciers concordataires individuellement (1).

(1) MM. Boistel, *op. cit.*, nº 1052 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, nº 2922.

Le failli concordataire est non recevable à invoquer les articles 446 et 447 pour faire tomber une hypothèque par lui consentie pendant la période suspecte. Voilà un point admis. Mais ne faut-il pas, au moins, lui reconnaître le droit de se prévaloir d'un jugement de nullité prononcé avant le concordat sur la demande des syndics ? On l'a prétendu, en disant que le failli concordataire succède en quelque sorte à tous les droits des créanciers (M. Laurin, *Cours de droit comm.*, n° 1141). Mais cette doctrine est trop absolue. Sans doute, en général, les jugements pris par les syndics, depuis leur entrée en fonctions jusqu'au jour où le jugement d'homologation du concordat est passé en force de chose jugée, peuvent être invoqués par le failli, qui est considéré comme y ayant été dûment représenté ; mais encore faut-il qu'il ne s'agisse pas d'un jugement ne pouvant être rendu qu'au profit de la masse des créanciers. « On ne conçoit pas qu'un droit qui ne peut être invoqué par une personne, disent MM. Lyon-Caen et Renault *(op. cit.*, n° 2922 *bis)*, se transforme et devienne de nature à être exercé par elle à raison de ce qu'un jugement en a constaté l'existence (1). »

185. En ne parlant que de l'intérêt de la masse, ce n'est pas seulement au failli que la loi refuse

(1) V., en ce sens, Req. rej., 15 juillet 1857, *Dall.*, 57, 1, 385 ; Bourges, 1er avril 1870, *Dall.*, 72, 2, 30.

le droit d'invoquer la nullité des articles 446 et 447 : elle exclut par là même tout autre intéressé. Ainsi, il est bien certain que l'hypothèque frappée par ces dispositions demeure valable à l'égard des créanciers qui n'ont jamais fait partie de la masse, notamment à l'égard des créanciers envers lesquels le failli s'est obligé après avoir été rétabli à la tête de ses affaires par un concordat. Il est non moins certain, par cela même qu'après la dissolution de l'union, il n'y a plus de masse, que les ci-devant créanciers de la masse ne peuvent pas s'opposer à ce qu'une hypothèque annulée relativement à celle-ci revive à leur égard (Req. rej., 2 août 1866, *Dall.*, 67, 1, 37). S'il en est autrement en cas de concordat, bien que la masse ait également disparu, c'est, nous l'avons dit, parce qu'il y a alors un engagement spécial pris par le failli envers ses créanciers, engagement dont l'exécution serait souvent rendue impossible par le maintien des actes faits dans la période suspecte. Encore faut-il ajouter que nous n'avons admis cette solution qu'en nous appuyant sur un article de loi qui la consacre implicitement. Nous pensons, en effet, que les sanctions établies par les articles 446 et 447 ont un caractère trop rigoureux, trop exceptionnel, pour qu'il soit permis de les appliquer en vue d'un intérêt qui n'a pas été expressément indiqué par la loi.

La même raison nous conduit à décider qu'un créancier nanti d'une hypothèque, régulièrement constituée et inscrite, mais ne devant normalement produire effet qu'après une autre hypothèque tombant sous le coup de l'une des nullités édictées par les articles 446 et 447, ne saurait invoquer cette circonstance soit pour demander lui-même l'annulation de l'hypothèque qui le prime, soit pour profiter du bénéfice de son annulation prononcée à la requête du syndic de la faillite.

186. Qu'il appartienne au syndic seul, comme représentant de la masse, de mettre en mouvement les actions en nullité prévue par les articles 446 et 447, c'est ce que tout le monde admet sans difficulté (Req. rej., 17 juillet 1861, *Sir.*, 62, 1, 374). Il semblerait qu'on dût de même être d'accord pour décider que le bénéfice de ces actions ne peut être recueilli que par ceux dans l'intérêt desquels elles ont été ouvertes, c'est-à-dire par les créanciers chirographaires, seuls compris dans la masse, à l'exclusion des créanciers hypothécaires ou privilégiés qui y restent étrangers. Il n'en est rien cependant, et le Tribunal civil de la Seine, dans un jugement du 29 décembre 1874 (Teulet et Camberlin, *Journal des Tribunaux de Commerce*, 1875, p. 525), confirmé par adoption de motifs par un arrêt de la Cour de Paris, en date du 28 juin 1876, a reconnu aux créanciers hypothécaires postérieurs

le droit de prendre rang aux lieu et place des créanciers dont les hypothèques préférables aux leurs ont été annulées, la masse chirographaire ne devant bénéficier réellement de l'annulation prononcée à sa requête qu'après l'extinction complète du passif hypothécaire sur le prix de l'immeuble grevé. Par ces mots « sont nuls et sans effet, relativement à la masse », inscrits en tête de l'article 446, le législateur de 1838 a entendu, disait le Tribunal de la Seine à l'appui de sa décision, exclure du bénéfice de la nullité le failli, mais non les créanciers hypothécaires ; rien n'indique, en effet, qu'il ait voulu méconnaître un des principes de notre régime hypothécaire, celui d'après lequel « la nullité d'une hypothèque, quelle que soit la partie qui la provoque, profite d'abord aux créanciers hypothécaires postérieurs ». C'était là, on ne saurait le nier, un fort mauvais raisonnement. Sans doute, en règle, quand une hypothèque est éteinte, le créancier, dont l'hypothèque postérieure est maintenue, prend rang aux lieu et place, devenus vacants, du bénéficiaire de l'hypothèque disparue ; mais encore faut-il, pour qu'il en soit ainsi, que cette hypothèque ait été éteinte *erga omnes*, ou tout au moins à l'égard des créanciers hypothécaires postérieurs. Or, ce n'est pas le cas ici : ce n'est que *relativement à la masse* que l'hypothèque est annulée ; elle subsiste donc

vis-à-vis de tous les autres intéressés, notamment à l'encontre des créanciers hypothécaires postérieurs, qui ne sauraient légitimement s'en plaindre, puisque le maintien à leur égard de l'hypothèque annulée ne porte aucune atteinte à la situation hypothécaire en vue de laquelle ils ont contracté. On s'explique d'ailleurs fort bien que le législateur de 1838 n'ait pas étendu aux créanciers hypothécaires le bénéfice des mesures qu'il a édictées en vue de sauvegarder l'intérêt des créanciers chirographaires : il n'avait pas, en effet, à protéger des créanciers qui ont pris leurs précautions par avance et qui ont stipulé une sûreté spéciale précisément pour ne pas subir les conséquences de la faillite.

Le Tribunal de la Seine n'a pas persisté, du moins en apparence, dans le principe du système erroné qu'il avait d'abord consacré. Un jugement du 29 décembre 1885 (1), dit en propres termes « que l'article 446 dispose, d'une manière limitative, que la nullité qui y est exceptionnellement introduite n'existe que relativement à la masse...; que.... l'expression masse ne comprend que les créanciers chirographaires constitués en être moral, seuls soumis au régime de la faillite à l'exclu-

(1) Trib. Seine, 29 décembre 1885, *Journal des faillites*, 1886, p. 24. — V. égal. Trib. Seine, 16 novembre 1886, *La Loi*, 28 novembre 1886.

sion des créanciers hypothécaires ou privilégiés, qui y restent étrangers et gardent leur individualité ; que cette distinction est d'ailleurs conforme à l'esprit qui a inspiré des dispositions, dont le but a été de protéger les créanciers chirographaires contre les actes de ceux d'entre eux qui chercheraient à rompre après coup l'égalité à laquelle tous avaient un droit acquis, dès que le gage commun cessait d'être aux mains d'un débiteur *in bonis*, et non de mettre à l'abri des mêmes actes des créanciers investis de sûretés spéciales, dont l'effet est de les placer en dehors des répartitions du gage chirographaire qu'ils n'ont pas dès lors à sauvegarder ».

Malheureusement, malgré cette déclaration de principe, la conversion du Tribunal n'est qu'apparente : pensant, à tort selon nous, d'une part, que le silence de la loi sur les moyens réservés au syndic pour recueillir le bénéfice de la collocation annulée implique que la masse n'a pas le droit de se faire attribuer comme sien le montant de cette collocation, d'autre part, qu'en annulant les hypothèques constituées en infraction de l'article 446, le législateur a simplement voulu qu'elles ne devinssent pas une cause de préjudice pour la masse, mais qu'il n'a jamais entendu que leur montant pourrait venir accroître le gage chirographaire au détriment des créanciers hypothécaires postérieurs

restés sans collocation utile, il revient indirectement à son premier système, en se trouvant conduit dans certains cas à admettre les créanciers hypothécaires à bénéficier d'une annulation qui, d'après la loi, ne devrait profiter qu'aux créanciers chirographaires. Suivant le Tribunal, en effet, le prix en distribution doit être employé en premier lieu à l'extinction du passif hypothécaire non annulé ; c'est seulement pour le surplus qu'il est attribué à la masse. D'où il résulte que, si les hypothèques valables absorbent la totalité de ce qui est mis en distribution, la masse n'a rien à toucher et se trouve par suite sans intérêt à provoquer l'éviction des créanciers atteints par l'article 446. Le Tribunal est ainsi amené à distinguer selon que le prix à distribuer doit ou non être épuisé par le passif hypothécaire opposable à la masse. Au premier cas, les créanciers chirographaires ne devant en aucune manière toucher quoi que ce soit, la masse ne peut, faute d'intérêt, faire tomber les hypothèques atteintes par la loi commerciale ; celles-ci sont dès lors maintenues, aussi bien à l'égard de la masse, à qui leur présence ne saurait nuire, qu'à l'égard des créanciers hypothécaires postérieurs, qui n'ont pas le droit d'en demander la nullité. Au second cas, le paiement des créances garanties par les hypothèques valables au regard de la masse ne devant pas absorber l'intégralité

du prix des immeubles affectés, les hypothèques non valables ne sont pas maintenues, mais les créanciers chirographaires ne peuvent profiter de leur annulation avant que les créanciers hypothécaires non annulés aient été désintéressés. Cette distinction produit ce résultat singulier que la nullité relative prononcée par la loi dans l'intérêt de la masse seule, profite, suivant le cas, soit aux créanciers annulés eux-mêmes, soit aux créanciers hypothécaires postérieurs. Ce n'est certes pas là ce qu'a voulu le législateur, et il suffit, pour se voir contraint de condamner le système du Tribunal de la Seine, de considérer que ce système fait de la nullité de plein droit, prononcée par l'article 446, une nullité absolument conditionnelle.

Aussi est-ce avec juste raison que, dans un arrêt rendu à la date du 29 décembre 1887 (*Gaz. Pal.*, 88, 1, 352), la Cour de Paris, « considérant, d'une part, que ces nullités (les nullités prononcées par les articles 446 et suivants), édictées dans le but de faire tomber des causes de préférence irrégulièrement acquises, doivent produire effet, et ne pas rester à l'état de lettre morte ; que, d'autre part, il serait contraire à l'esprit de la loi, aussi bienqu'à son texte, que le bénéfice en fut recueilli par d'autres que par ceux dans l'intérêt desquels elles ont été prévues par la loi », a infirmé, en ce qui nous occupe, le jugement du Tribu-

nal de la Seine, et décidé que les sommes qui, sans l'annulation, auraient été attribuées aux créanciers annulés, doivent revenir exclusivement à la masse chirographaire (1). Quant à la question de savoir par quel moyen pratique le syndic, qui ne peut produire en son nom, puisqu'il n'est pas subrogé, ni au nom des créanciers déchus, puisqu'il n'est pas encore leur créancier soit avant, soit pendant l'ordre, et ne le devient qu'après, pourra faire valoir le droit de créance reconnu à la masse sur le montant de la collocation annulée, la Cour ne la résout pas. Nous ferons de même, afin de ne pas outrepasser les limites de notre sujet. Si nous avons cru, en effet, devoir nous étendre quelque peu sur la question de principe, c'est que nous tenions à bien préciser le sens et la portée de l'article 446, lequel, à raison de son caractère exceptionnel, ne doit être appliqué qu'en vue et dans la mesure de l'intérêt que la loi a voulu sauvegarder.

187. Est-il besoin d'ajouter, après les explications qui précèdent, qu'un créancier de la masse ne pourrait pas se prévaloir, dans son intérêt propre, des nullités prévues par les articles 446 et 447 ? C'est là évidemment un point qui n'est pas susceptible d'être contesté.

(1) V., dans le même sens, Trib. com. Seine, 24 avril 1888, *Gaz. Pal.*, 88, 1, 746 ; Grenoble, 13 novembre 1888, *Gaz. Pal.*, 89, 1, 96.

188. Est-à dire que ces divers intéressés, créanciers qui ne font pas ou plus partie de la masse, créanciers hypothécaires ou privilégiés, créanciers isolés de la masse ne seront jamais admis à repousser l'hypothèque consentie par le failli dans les conditions que nous savons ? Évidemment non. Ils peuvent toujours se prévaloir du droit commun, cela n'est guère contestable, et si la constitution de l'hypothèque a été faite en fraude de leurs droits, tel ou tel d'entre eux, à qui elle a causé un préjudice, pourra l'attaquer en son nom personnel, au moyen de l'action paulienne, conformément à l'article 1167 du Code civil.

Nous ne pensons pas qu'une distinction doive être faite à cet égard entre les créanciers compris dans la masse et ceux qui n'en font pas ou plus partie, distinction d'après laquelle ces derniers auraient seuls le droit d'exercer individuellement l'action paulienne, tandis que les premiers, en tant du moins qu'ils n'agiraient pas dans un intérêt contraire ou indifférent à celui des autres créanciers de la masse, ne pourraient substituer leur initiative à celle du syndic. C'est là, en effet, une action qui ne se rattache pas directement à la gestion du syndic et qui dès lors ne saurait l'entraver. C'est, d'autre part, une action qui eût appartenu individuellement et *proprio nomine* au créancier qui l'intente, s'il n'y avait pas eu déclaration de

faillite. Ne serait-il pas étrange que le bénéfice de la loi commerciale vînt lui enlever un droit que la loi civile établit au profit de tous les créanciers en général? Qu'on ne dise pas que ce créancier va pouvoir améliorer sa condition au détriment des autres, contrairement à l'esprit même de la loi en matière de faillite, car il est toujours loisible aux autres créanciers lésés par l'acte frauduleux de requérir également l'application à leur profit de l'article 1167. Du reste, en pratique, quand le créancier demandeur n'a pas mis en cause le syndic, celui-ci ne manque jamais de se joindre à lui, s'il y a lieu, pour réclamer la révocation dans l'intérêt de la masse (1).

189. C'est une autre question de savoir si la révocation prononcée doit profiter à la masse entière de la faillite, de sorte que, dans le cas qui nous occupe, tous les créanciers formant cette masse seraient admis à venir au marc le franc sur le prix du bien grevé, même ceux qui n'auraient pas pu intenter l'action, faute de préjudice, parce qu'ils ne sont devenus créanciers que postérieurement à la constitution de l'hypothèque. L'arrêt précité de la Chambre des Requêtes semble l'admettre implicitement, et il reste en cela en pleine harmonie avec la jurisprudence, qui décide que le bénéfice

(1) En ce sens, Req. rej., 13 novembre 1867, *Dall.*, 68, 1, 212; Douai, 7 août 1874, *Dall.*, 77, 5, 232.

de l'action exercée par quelques-uns des créanciers, pour faire tomber en vertu de l'article 1167 un acte frauduleux du débiteur, se partage entre tous les créanciers indistinctement (1).

Cette solution, disons-le en passant, n'est pas la nôtre. Elle contredit trop ouvertement la règle *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest*, posée dans l'article 1351, et dénature trop complètement le véritable caractère de l'action paulienne, qui est avant tout une action en réparation d'un dommage. Il est inadmissible que le bénéfice obtenu par le demandeur à l'action paulienne puisse profiter à des créanciers qui n'ont pas été parties à l'instance, qui n'auraient même pas pu l'être, parce que l'acte révoqué ne leur a causé aucun dommage. Vainement prétend-on que, par suite de la révocation prononcée, la valeur recouvrée est rentrée dans le patrimoine du débiteur tant à l'égard des créanciers postérieurs qu'à l'égard des créanciers antérieurs à l'acte frauduleux et que, par suite, l'attribuer exclusivement à ceux-ci, c'est créer à leur profit, au mépris des articles 2093 et 2094, une cause de préférence que la loi ne reconnaît pas. L'objection ne serait fondée que si la révocation était absolue ; or, il n'en sau-

(1) V. notam. Bastia, 29 mai 1855, *Dall.*, 56, 2, 112 ; Civ. cass., 13 février 1865, *Dall.*, 65, 1, 79. — V. égal. en ce sens, MM. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, nº 82 *bis* XV ; Laurent, *op. cit.*, t. XVI, nº 489.

rait être ainsi, car elle est le fruit d'un jugement, et les jugements ne peuvent être invoqués que par les parties en cause. Les principes sur l'autorité de la chose jugée nous paraissent ici tellement décisifs que nous irions même jusqu'à refuser, contrairement à l'opinion de M. Larombière (*op. cit.*, t. II, sur l'art. 1167, n° 62), le bénéfice de l'action paulienne aux créanciers antérieurs à l'acte révoqué qui ne seraient pas intervenus dans l'instance ou qui n'auraient pas intenté à leur tour l'action pour leur propre compte, avant que la valeur recouvrée n'ait été définitivement attribuée au créancier demandeur (1). Nous n'entendons pas, qu'on le remarque bien, discuter ici avec tous les développements qu'elle comporte cette intéressante question, dont l'examen nous entraînerait au delà des limites de notre travail ; nous la signalons seulement dans ses grandes lignes et nous prenons parti dans sa solution, afin d'en faire l'application à l'hypothèse spéciale sur laquelle nous raisonnons. La circonstance que les créanciers forment une masse ne saurait, en effet, modifier dans leurs conséquences les principes qui régissent l'action paulienne. D'où nous concluons que, si le syndic n'est pas mis en cause, ou s'il n'inter-

(1) En ce sens, MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 313, pp. 142, 143 et 144, texte et notes 41, 42 et 43 ; Demolombe, *op. cit.*, t. XXV, nos 263 à 268.

vient pas dans l'instance, ou encore s'il n'intente pas lui-même l'action paulienne en temps utile, le rejet de la collocation de l'hypothèque ne profitera qu'au créancier demandeur, car l'hypothèque subsiste à l'égard de tous les autres; que si, au contraire, le syndic a été mis en cause, s'il est intervenu, ou s'il a exercé lui-même l'action révocatoire, le prix du bien hypothéqué ne devra se partager entre tous les créanciers de la masse qu'autant qu'ils sont tous antérieurs à la constitution frauduleuse; sinon, c'est-à-dire s'il y a des créanciers postérieurs, les créanciers antérieurs seront seuls admis à venir sur le prix, parce qu'ils auront seuls été représentés par le syndic, lequel n'a pas pu faire valoir au nom des créanciers postérieurs un droit que ceux-ci n'avaient pas eux-mêmes (1).

190. Nous dirons plus loin, en parlant du sort de l'hypothèque consentie par un non commerçant en état de déconfiture, quelles sont les justifications à faire par les créanciers qui invoquent la disposition de l'article 1167 contre une constitution d'hypothèque accomplie par leur débiteur en fraude de leurs droits (V. *infrà*, nos 195 et suiv.). Rappelons seulement dès maintenant qu'ils ont

(1) A ce point de vue, la nullité de l'article 446 (C. com) est plus ample que la révocation de l'article 1167 (C. civ.), car, si elle ne profite qu'à la masse, elle profite à la masse tout entière, aux créanciers dont les droits sont postérieurs à l'hypothèque comme à ceux dont les droits étaient alors existants. Cf. Aix, 4 août 1887, *Pand. franç.*, 88, 2, 150 (motifs).

d'abord à démontrer que la constitution leur a réellement causé un préjudice, car autrement on ne comprendrait pas pourquoi ils viendraient s'en plaindre et en demander la révocation. C'est ce qui explique qu'il n'y ait que ceux dont la créance a pris naissance antérieurement à l'hypothèque qui soient fondés à l'attaquer. Comment, en effet, une hypothèque, et ce que nous disons de l'hypothèque peut se dire de tout autre acte juridique, pourrait-elle faire préjudice à des droits qui n'existaient pas encore au moment de sa constitution? C'est là, au surplus, un principe traditionnel en matière d'action paulienne, sur lequel la doctrine et la jurisprudence sont pleinement d'accord (1).

Ceci posé, on aperçoit aisément que, dans la plupart des cas, le créancier hypothécaire second en rang, auquel nous avons refusé le bénéfice des articles 446 et 447 du Code de commerce, ne pourra pas non plus se prévaloir de l'article 1167 du Code civil pour faire tomber à son égard l'hypothèque qui le précède. Il faudrait, en effet, pour qu'il pût exercer utilement l'action paulienne contre le premier créancier hypothécaire, que celui-ci eût reçu hypothèque après lui, mais qu'il se fût inscrit

(1) V. notam. MM. Larombière, *op. et loc. cit.*, nº 20; Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*, nº 82 *bis* V ; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 133, texte et note 14 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, nº 460. — Req. rej., 29 janvier 1866, *Sir.*, 66, 1, 105 ; Civ. cass., 7 février 1872, *Sir.*, 72, 1, 73; Agen, 3 février 1885, *Sir.*, 86, 2, 31.

avant. C'est là évidemment une hypothèse de nature à se présenter très-rarement en pratique. Elle est possible cependant, et à ce titre nous devions la mentionner.

191. A ce propos, il n'est peut-être pas inutile de faire remarquer que la qualité de créancier hypothécaire ne saurait en aucune façon constituer contre le demandeur à l'action paulienne une fin de non-recevoir. S'il est vrai que cette action a été introduite principalement en faveur des créanciers chirographaires, il n'est pas moins certain que l'article 1167 ne fait aucune distinction entre les diverses classes de créanciers. On ne comprendrait pas, en effet, que le créancier hypothécaire, qui a été prudent, eût des droits moins étendus que les créanciers chirographaires, qui n'ont pris aucune précaution contre l'insolvabilité possible de leur débiteur (1).

192. Avant d'abandonner l'examen du sort des hypothèques constituées par le failli, nous tenons à signaler une conséquence qui résulte logiquement de ce que l'hypothèque tombant sous le coup de l'un des articles 443, 446, 447 du Code de commerce, 5 de la loi du 4 mars 1889, n'est nulle qu'au regard de la masse et conserve son effet utile vis-à-vis de tous autres. Cette conséquence consiste en

(1) V., sur ce point, MM. Larombière, *op. et loc. cit.*, nº 23 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, nº 457. — Req. rej., 2 août 1836, *Dall.*, 36, 1, 434.

ce que le jugement qui prononce la nullité de l'hypothèque ne peut ordonner en même temps la radiation de l'inscription. C'est ce qu'a décidé avec juste raison la Cour de Besançon, dans un arrêt du 2 mai 1884 (*Journal des faillites*, 1885, p. 360). A notre sens, la même solution s'impose quand l'hypothèque est révoquée par application de l'article 1167 du Code civil, car, dans ce cas comme dans le précédent, nous ne voyons aucune bonne raison pour refuser au créancier hypothécaire le bénéfice d'une inscription qui peut encore lui être utile à certains égards.

Il n'en serait autrement que si l'hypothèque était atteinte par l'article 598 du Code de commerce, comme constituant en faveur du créancier qui l'a reçue un des avantages prévus par l'article 597. La nullité étant alors absolue, *erga omnes*, rien ne s'opposerait à la radiation d'une inscription désormais inutile.

193. Nous ne pouvons non plus passer sous silence une question dont la solution en un certain sens peut avoir pour effet d'élargir l'étendue d'application du système particulier de nullités organisé par les articles 446 et suivants. C'est la question de savoir s'il y a une faillite de fait, c'est-à-dire si l'état de faillite peut résulter avec ses conséquences de la simple cessation des paiements, sans que cette cessation ait été constatée par un

jugement *ad hoc* émané du tribunal de commerce compétent. Nous ne saurions évidemment examiner ici dans son ensemble cette vaste question qui se présente sous des aspects multiples dans la matière des faillites et banqueroutes. Envisagée au point de vue qui nous intéresse spécialement, voici comment elle se formule : un tribunal quelconque peut-il, à l'occasion d'une contestation dont il est saisi, prononcer, par application de l'un des articles 446 et 447, la nullité d'une hypothèque consentie par un commerçant, en se fondant sur ce que, bien qu'il n'y ait pas faillite déclarée, il est néanmoins constant qu'à l'époque de la constitution le commerçant avait réellement cessé ses paiements? La jurisprudence semble fixée dans le sens de l'affirmative, si nous en jugeons par certains arrêts qui, sans se rapporter directement à notre hypothèse, adoptent dans leurs motifs une formule extrêmement large (1). Quant à nous, nous n'hésitons pas à nous prononcer pour la négative. La question de savoir s'il y a une faillite de fait peut être très-délicate à certains égards, nous l'admettons volontiers, mais ici elle doit fatalement tomber

(1) V. les arrêts auxquels renvoient MM. Lyon-Caen et Renault *op. cit.*, sous le nº 2649. — *Adde :* Lyon, 4 août 1887, *Gaz. Pal.* 87, 2, 490, Grenoble, 13 novembre 1888, *Gaz. Pal.*, 89, 1, 96, Req. rej., 29 avril 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 1, 747, tous trois relatifs, comme la plupart des précédents, à l'application de l'art, 563, C. com., qui restreint l'hypothèque légale de la femme en cas de faillite du mari.

devant le texte formel de l'article 446 : « Sont nuls et sans effet, *relativement à la masse*,.... » La sanction rigoureuse et exceptionnelle de l'article 446 n'est applicable qu'autant qu'il existe une masse et seulement au profit de cette masse ; nous savons qu'un créancier isolé ne pourrait, même au cas de faillite déclarée, s'en prévaloir dans son propre intérêt. Et l'on voudrait qu'il en fût autrement en l'absence de tout jugement déclaratif ! Mais il y a la même raison de décider. Cette raison, c'est que ce créancier n'est pas *la masse*. En vain prétendrait-il, avec preuve à l'appui, qu'il n'entend pas améliorer sa condition au détriment des autres créanciers, en vain même mettrait-il en cause ceux d'entre eux de lui connus : on lui répondrait toujours péremptoirement que le législateur n'a édicté les nullités des articles 446 et suivants qu'au profit de *la masse*, et que les créanciers ne forment une masse qu'autant qu'ils sont réunis dans la même procédure et légalement représentés par un syndic, ce qui implique nécessairement l'existence d'un jugement déclaratif de faillite (1).

194. A plus forte raison l'hypothèque consentie par un non-commerçant dans l'impossibilité de tenir ses engagements ne tomberait-elle pas non

(1) En ce sens, MM. Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, t. V, p. 198, note 1 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 2650.

plus sous l'application des articles 446 et 447. Le moindre doute est ici impossible, par cet excellent motif que, la mise en faillite étant chez nous restreinte aux commerçants, aucune des règles exceptionnelles propres à cet état ne peut être étendue à un non-commerçant, si insolvable soit-il. D'où il suit qu'alors même que l'insolvabilité du non-commerçant serait notoire ou établie en justice, elle ne saurait avoir pour effet, à défaut d'un texte formel de lui enlever la libre disposition de ses biens (arg. art. 537, C. civ.), et par suite l'empêcher de conférer valablement une hypothèque à l'un de ses créanciers, que ce soit un créancier nouveau ou un créancier ancien. C'est là un point sur lequel nous n'avons pas à insister, car il est généralement admis par la jurisprudence et par les auteurs (1).

195. Il va de soi, d'ailleurs, que les créanciers au détriment desquels une hypothèque aurait été constituée par un débiteur en déconfiture ont toujours la ressource de l'attaquer en vertu de l'article 1167 du Code civil. Mais ils doivent, bien entendu, pour réussir dans leur prétention, démontrer l'existence de toutes les conditions auxquelles est subordonné l'exercice de l'action paulienne.

(1) V. notam. MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, § 580, p. 250, texte et notes 5 et 6. — Req. rej., 11 février 1812, *Sir.*, 13, 1, 124; Civ. cass., 3 mars 1869, *Sir.*, 69, 1, 149. *Adde* Bordeaux, 17 août 1848, *Sir.*, 49, 2, 46.

De ces conditions, nous avons déjà eu l'occasion de rappeler la première, qui consiste dans la nécessité d'un préjudice causé par l'acte lui-même. Ajoutons seulement que, pour être à même d'établir ce préjudice, les créanciers auront d'abord à prouver judiciairement l'insolvabilité de leur débiteur, en le discutant dans ses biens, car ils ne peuvent plus ici, comme dans le cas d'une faillite, s'appuyer sur le jugement déclaratif qui, sans démontrer directement l'insolvabilité, la fait au moins présumer. Cette preuve faite, il leur sera facile d'établir qu'à leur égard, l'insolvabilité du débiteur a été produite ou augmentée par l'hypothèque attaquée.

La seconde condition nécessaire pour le succès de l'action paulienne, c'est la fraude du débiteur, que l'article 1167 exige dans les termes les plus absolus. On sait que le mot *fraude*, en matière d'action paulienne, revêt un sens traditionnel : il y a fraude du débiteur par cela seul qu'il s'est sciemment rendu insolvable ou plus insolvable qu'il ne l'était déjà (1). Les demandeurs devront donc démontrer qu'au moment où il a traité avec le créancier hypothécaire, le débiteur connaissait le mauvais état de ses affaires et se rendait parfai-

(1) Cpr. MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 313, p. 137, texte et notes 20 et 21 ; Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*, nº 82 *bis* VIII ; Larombière, *op. et loc. cit.*, nos 6 et s.

tement compte du préjudice qu'il allait causer à ses autres créanciers. C'est là, on le conçoit, une preuve qui sera le plus souvent difficile à faire, parce qu'elle a trait à une intention, fait essentiellement métaphysique : elle ne pourra résulter que d'un examen attentif des circonstances dans lesquelles le débiteur a consenti l'hypothèque attaquée. Comme ces circonstances varient d'un procès à l'autre, nous pensons qu'en ce qui les concerne, il est inutile d'essayer de dégager des espèces fournies par la jurisprudence un *criterium* susceptible de servir de guide à l'appréciation du juge.

Enfin, comme troisième et dernière condition indispensable à la réussite de l'action paulienne, on exige, mais seulement quand l'acte incriminé est un acte à titre onéreux, la preuve de la complicité de la personne qui en a bénéficié. La loi, il est vrai, est muette sur ce point ; mais la règle n'en est pas moins certaine, car elle repose sur une distinction fondamentale, juridique et équitable, universellement admise par la doctrine et par la jurisprudence, entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit, distinction traditionnelle, dont on trouve la source jusque dans le droit romain (1). Les motifs en sont tellement connus,

(1) Ulpien, loi 6, pp. 8 et 11, D., *Quæ in fraud. credit.*, XLII, 8. — Cpr. MM. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 136 ; Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*, nº 82 *bis* XI ; Larombière, *op. et loc. cit.*, nº 26.

que nous ne les reproduirions pas ici, même sommairement, si nous ne voulions en déduire une conséquence fort intéressante en notre matière. Ils se résument d'ailleurs en quelques mots : si l'acte est à titre onéreux, entre les créanciers et le tiers qui a traité avec le débiteur toute la question est de savoir qui sera en perte ; demandeur et défendeur *certant de damno vitando* ; or, *in pari causa melior est causa possidentis*, et l'action paulienne ne saurait ici se comprendre sans une participation à la fraude obligeant le défendeur *quasi ex delicto*. Si, au contraire, l'acte est à titre gratuit, les créanciers seuls *certant de damno vitando* ; quant au tiers, il poursuit un pur gain, *certat de lucro captando* : il mérite donc moins de faveur que ses adversaires, et l'action paulienne doit réussir contre lui, quand même il n'aurait pas été complice de la fraude, parce qu'il est obligé *quasi ex contractu* envers les demandeurs, aux dépens desquels il s'est enrichi.

196. Il suit de là qu'au point de vue de l'exercice de l'action paulienne, pour savoir si un acte est à titre gratuit ou à titre onéreux, il ne faut pas l'envisager du côté du débiteur, mais uniquement du côté de son ayant cause : celui-ci a-t-il fourni ou promis l'équivalent de l'avantage dont on prétend le dépouiller, l'acte est à titre onéreux ; n'a-t-il, au contraire, rien promis ou fourni en retour,

l'acte est à titre gratuit. Cela compris, il devient très-facile de déterminer dans quels cas les créanciers auront à établir la complicité du créancier hypothécaire pour faire révoquer une hypothèque consentie par le débiteur en fraude de leurs droits. Cette condition s'imposera chaque fois que le créancier hypothécaire aura reçu la sûreté attaquée en garantie d'une créance dont il a fourni ou promis l'équivalent. A l'inverse, elle ne sera plus exigée quand l'hypothèque aura été constituée pour assurer le paiement d'une créance dont le bénéficiaire n'a ni promis ni fourni la contre-valeur (1). En définitive, à notre avis, la constitution d'hypothèque ne doit être considérée comme un acte à titre gratuit, au sens paulien du mot, si nous pouvons nous exprimer ainsi, qu'autant qu'elle a été faite en vue de garantir l'exécution d'un avantage purement gratuit consenti par le débiteur au profit du créancier ; ce cas mis à part, elle ne peut être assimilée qu'à un acte à titre onéreux. C'est donc la créance garantie, et non la sûreté, qui doit être prise ici en considération. Telle est, pensons-nous,

(1) L'hypothèque emprunte alors à la créance dont elle est l'accessoire son caractère de libéralité, car, prise en elle-même, elle ne saurait avoir ce caractère. « L'hypothèque, dit M. Accarias (*op. cit.*, t. I, p. 706, note 2), quoique constituée par un tiers non obligé personnellement, ne saurait être considérée comme faisant l'objet d'une donation. Car elle n'est jamais qu'un accessoire et une sûreté qui garantit le créancier contre les chances de perte, mais qui ne l'enrichit pas (L. 1, § 19, *Si quid in fraud. patr.*, XXXVIII, 5). » Cf. MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, nº 2731.

la solution qui se déduit naturellement des motifs de droit et d'équité sur lesquels repose la distinction traditionnelle entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit, en matière d'action paulienne.

On pourrait être tenté de chercher contre notre solution un point d'appui dans les articles 446 et 447 du Code de commerce, d'où il ressort, ainsi que nous l'avons vu, qu'une hypothèque conventionnelle constitue, au regard de la masse, un acte à titre gratuit ou un acte à titre onéreux, suivant qu'elle a pris ou non naissance postérieurement à la créance garantie. Ce serait une erreur. Il ne faut pas oublier, en effet, qu'en frappant avec une rigueur exceptionnelle l'hypothèque sœur cadette de la créance, le législateur de 1838 a surtout voulu atteindre un acte par lequel, alors que la faillite est imminente, une partie de l'actif est enlevée aux créanciers de la masse sans qu'une autre valeur, sur laquelle ils puissent se venger, vienne en prendre la place. Ce résultat ne se produit pas lorsque l'hypothèque est sœur jumelle ou aînée de la créance : voilà pourquoi, en ce qui la concerne, la loi a pu tenir compte, dans une certaine mesure, de la bonne foi du créancier qui l'a reçue. Mais là s'est bornée sa sollicitude pour le créancier hypothécaire, et elle ne s'est nullement souciée de distinguer selon qu'il lutterait contre le

syndic *de damno vitando* ou *de lucro captando*, car si telle avait été sa préoccupation, le système qu'elle a suivi ne se justifierait plus. Sans doute, si on l'envisage par rapport aux créanciers de la faillite, entre lesquels elle vient rompre l'égalité, l'hypothèque consentie en temps suspect, pour sûreté d'une dette antérieure, présente les caractères d'une libéralité ; mais, il n'en est pas nécessairement de même pour le créancier qui l'a reçue : elle ne constitue, quant à lui, une libéralité, qu'autant que la créance qu'elle a pour but de garantir est elle-même une libéralité. Or, ainsi que nous l'avons établi, pour savoir si un acte est à titre gratuit au point de vue de l'action paulienne, il faut l'envisager uniquement du côté du tiers qui a traité avec le débiteur : c'est assez dire que le système des articles 446 et 447 du Code de commerce doit rester étranger à notre question.

Nous reconnaissons volontiers, d'ailleurs, que la circonstance de l'antériorité de la dette constituera le plus souvent un élément précieux pour établir la complicité du créancier hypothécaire ; elle rendra tout au moins sa mauvaise foi vraisemblable.

197. Notre manière de voir diffère quelque peu de celle de la jurisprudence, qui nous paraît avoir une certaine tendance à considérer comme un acte à titre gratuit, susceptible d'être atteint par

l'action paulienne sans qu'il y ait lieu de prouver la fraude du créancier, pourvu que celle du débiteur soit établie, l'hypothèque constituée après coup, c'est-à-dire sans avoir été stipulée par le créancier au moment du contrat, pour garantir le paiement d'une dette *non encore exigible*. C'est là, du moins, ce qu'on peut induire de plusieurs décisions ayant toutes trait au cas particulier d'une hypothèque consentie pour sûreté d'une constitution de dot (1), opération qu'une jurisprudence constante considère, avec juste raison selon nous, comme un acte à titre onéreux par rapport à l'époux doté (2). En fait, notre désaccord avec la jurisprudence est plus apparent que réel, car, dès lors que le créancier a reçu l'hypothèque attaquée dans les conditions que nous indiquons, sa complicité est à peu près démontrée, et le succès de l'action paulienne est presque certain. Cependant, si facile à faire qu'elle soit, la preuve de cette complicité doit être exigée, si l'on tient à ne pas s'écarter des principes traditionnels qui régissent la matière. En définitive, dans les espèces soumises aux tribunaux, la première question à résoudre était

(1) V. notam. Douai, 4 mai 1846, *Sir.*, 46, 2, 170 ; Civ. cass., 22 août 1876, *Sir.*, 77, 1, 54. — *Adde :* Req. rej., 22 août 1882, *Sir.*, 83, 1, 25 ; Trib. civ. Vitré, 16 novembre 1887, *Gazette des Tribunaux*, 11 décembre 1887.

(2) V. notam. Req. rej., 11 novembre 1878, *Dall.*, 79, 1, 416 ; Civ. rej., 18 janvier 1887, *Dall.*, 87, 1, 257.

celle de savoir si l'époux défendeur poursuivait un pur gain ou cherchait à éviter une perte. Si l'on avait procédé ainsi, on eût bien vite reconnu que la circonstance que le terme n'est pas échu ou que la condition n'est pas accomplie, ne fait pas que l'hypothèque devienne pour l'époux qui la reçoit une pure libéralité. Certes, cette sûreté lui est avantageuse, en ce qu'elle lui assure le paiement intégral de la dot promise ; mais il ne faut pas oublier que celle-ci n'entrera dans son patrimoine que sous une certaine affectation, l'affectation aux charges du mariage. On ne peut donc pas dire que l'hypothèque attaquée lui a procuré ou du moins a contribué à lui procurer un enrichissement : *elle lui a simplement évité une perte*. Aussi ne doit-elle tomber sous le coup de l'action paulienne qu'autant que les demandeurs établissent à la charge de l'époux créancier une obligation *quasi ex delicto*, résultant de sa participation à la fraude commise par le constituant. En résumé, nous ne refusons pas l'action paulienne aux créanciers lésés par l'hypothèque ; nous leur demandons seulement de démontrer que le créancier hypothécaire s'est rendu, par sa conduite, indigne de la protection de l'adage *In pari causa melior est causa possidentis*.

198. Mais quelles circonstances sont nécessaires pour que le créancier hypothécaire doive être con-

sidéré comme complice de la fraude du débiteur? Suffit-il qu'il ait eu connaissance de l'insolvabilité de celui-ci? Nous ne le croyons pas, par cette excellente raison que le créancier qui reçoit ou se fait consentir une hypothèque use du droit qui appartient à tout créancier de sauvegarder sa créance, qu'elle soit échue, à terme ou conditionnelle. On ne saurait véritablement l'accuser de commettre une fraude, alors que, prévoyant ou même connaissant l'insolvabilité de son débiteur, il fait diligence pour échapper au désastre. En effet, où est la fraude, s'il ne fait que prendre ses précautions par des moyens légitimes? « *Jus civile vigilantibus scriptum est* » (Scævola, loi 24 *in fine*, D., *Quæ in fraud. credit.*). Pour que la diligence devienne fraude, il faut donc quelque chose de plus que la simple connaissance du mauvais état des affaires du débiteur, il faut que le créancier ait reçu l'hypothèque, bien moins dans son intérêt légitime, que dans le but frauduleux d'aider le débiteur à soustraire aux poursuites des autres créanciers une partie de l'actif commun. La preuve de cette intention s'induira des circonstances de la cause. Nous avons déjà dit qu'elle sera bien près d'être faite lorsqu'il s'agira d'une hypothèque concédée après coup à un époux que le débiteur a antérieurement doté, surtout si, la dot ayant été promise à terme ou sous condition, la concession

se place à une époque antérieure à l'échéance du terme ou à la réalisation de la condition. L'acte est alors d'autant plus suspect qu'il intervient le plus souvent au profit d'un enfant ou tout au moins d'un proche parent du constituant, en sorte que le lien qui unit le débiteur au créancier, la communauté d'intérêts qui existe naturellement entre eux, sont autant d'éléments faisant présumer leur collusion. Aussi le moindre indice suffirait-t-il pour la rendre manifeste (1).

199. Tout en reconnaissant que le non-commerçant en déconfiture conserve le droit de conférer une hypothèque à l'un de ses créanciers, quelques auteurs se sont préoccupés du point de savoir s'il ne s'enlève pas ce droit pour l'avenir lorsqu'il fait à ses créanciers l'abandon de ses biens. M. Pont se prononce résolument pour l'affirmative, en se bornant à dire que le débiteur « ne peut évidemment constituer hypothèque sur les immeubles par lui abandonnés, à partir du moment où la cession a été volontairement acceptée ou admise judiciairement » (*Op. cit.*, n° 621). Rien n'est moins évident cependant que la solution proposée par le savant magistrat.

(1) V. d'ailleurs, sur l'ensemble de la question, MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 313, p. 140, texte et notes 31 et 32; Laurent, *op. et loc. cit.*, n° 481; Demolombe, *op. et loc. cit.*, n° 225 et 226; Larombière, *op. et loc. cit.*, n° 40. — Req. rej., 12 février 1849, *Sir.*, 49, 1, 506; Civ. cass., 3 mars 1869, *Sir.*, 69, 1, 149; Req. rej., 22 août 1882, déjà cité.

Un point certain, d'abord, c'est que le débiteur conserve, en principe du moins, la propriété des biens cédés. Pour la cession judiciaire, le doute n'est pas permis en présence de l'article 1269 du Code civil, aux termes duquel une pareille cession « ne confère point la propriété aux créanciers; elle leur donne seulement le droit de faire vendre les biens à leur profit, et d'en percevoir les revenus jusqu'à la vente ». Quant à la cession volontaire, les parties étant maîtresses d'en régler les effets comme elles l'entendent (art. 1267), une convention spéciale pourrait, il est vrai, la rendre translative de propriété, mais elle perdrait alors son caractère propre et deviendrait une vente ou du moins une *datio in solutum*, opération dont nous n'avons pas à nous occuper ici.

Ce point établi, la question revient à savoir si le débiteur, tout en conservant la propriété des biens par lui abandonnés, ne s'est pas néanmoins enlevé la faculté de les aliéner et, par suite, de les hypothéquer au détriment de ses créanciers. Nous ne voyons, quant à nous, dans le silence de la loi, aucune raison de droit pour la lui refuser. Mais, dit-on, la cession implique un mandat donné par le débiteur à ses créanciers de vendre eux-mêmes ou de faire vendre les biens cédés pour se payer sur le prix suivant leurs droits respectifs. Ce mandat est irrévocable, car il est donné, non pas seulement dans

l'intérêt du mandant, mais aussi dans celui des mandataires, auxquels il évite les lenteurs, les complications et les frais considérables d'une expropriation forcée. Ne serait-ce pas, de la part du débiteur, en retirer ou tout au moins en restreindre les effets que de grever d'hypothèques les immeubles abandonnés? Cette observation est très-vraie, nous le reconnaissons, mais elle ne suffit pas à prouver que les hypothèques consenties par le débiteur, postérieurement à la cession, ne sont pas opposables aux créanciers cessionnaires. Tout ce qu'on peut en induire, c'est qu'en constituant une hypothèque sur les biens cédés, le cédant manque à un engagement qu'il a pris implicitement envers ses créanciers, qui sont dès lors fondés à demander par ce motif la résolution de la cession. Mais ils n'auraient aucune action contre le créancier hypothécaire, car ils ne peuvent lui opposer une cessionà laquelle il est demeuré étranger et qui n'a engendré à leur profit aucun droit réel sur les immeubles du débiteur. Ajoutons que, la plupart du temps, le créancier hypothécaire aura traité avec le débiteur dans l'ignorance de la cession, celle-ci n'étant soumise par la loi à aucune mesure de publicité vraiment efficace. On ne saurait, en effet, assimiler au point de vue de la publicité obtenue, les formalités prescrites, pour la cession de biens judiciaire, par les articles 901 et 903 du Code de pro-

cédure civile, à une transcription sur les registres des conservations hypothécaires.

Nous persistons donc à croire que, malgré la cession de biens, l'hypothèque consentie postérieurement par le débiteur est pleinement valable, sauf bien entendu l'application possible de l'article 1167 du Code civil, si les conditions que nous connaissons se trouvent réunies. Elle ne serait inefficace, pensons-nous avec MM. Aubry et Rau, que si elle avait été constituée au profit de l'un des créanciers qui ont figuré au contrat d'abandon, car il y aurait alors, de la part de ce créancier, violation d'un contrat auquel il a concouru, qui lui est par suite opposable (1).

200. Avant de passer à un autre ordre d'idées, il nous paraît intéressant d'examiner quelques questions qui peuvent se présenter à propos de certaines clauses conventionnelles ou testamentaires ayant trait à la matière qui nous occupe.

Ainsi, la Cour de Cassation a longtemps hésité à reconnaître aux futurs époux, qui adoptent le régime dotal, le droit de réserver, dans leur contrat de mariage, la faculté d'hypothéquer les immeubles dotaux. Elle faisait, à cet égard, le raisonnement suivant : l'article 1554 pose en règle que les

(1) V. notam., en faveur de notre opinion, MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 272, texte et notes 38 et 39 ; Laurent, *op. cit.*, t. XXX, nº 495. — En sens contraire, M. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, nº 214 *bis*.

immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ni hypothéqués pendant le mariage; l'article 1557 permet bien de déroger à cette règle par une clause spéciale du contrat de mariage, mais il ne le permet que pour la faculté d'aliéner; donc la faculté d'hypothéquer reste soumise à la règle, c'est-à-dire à la prohibition. Pour fortifier ce raisonnement, la Cour de Cassation ne manquait pas d'ajouter que l'hypothèque, dont les suites apparaissent dans un avenir lointain, a toujours été regardée comme plus dangereuse que l'aliénation, dont les conséquences se font immédiatement sentir, et d'évoquer, à ce propos, les souvenirs de la législation romaine antéjustinienne, dans laquelle l'hypothèque du fonds dotal, au contraire de l'aliénation, était impossible même avec le consentement de la femme (V. notam. Civ. cass., 16 août 1837, *Sir.*, 37, 1,800). Mais cette doctrine, manifestement contraire au principe de la liberté des conventions matrimoniales, posé dans l'article 1387, n'a pas prévalu, et la Cour de Cassation elle-même a fini par l'abandonner (V. notam. Civ. rej., 18 novembre 1862, *Dall.*, 62, 1, 476). Il ne faut pas oublier, en effet, qu'en organisant le régime dotal, le législateur de 1804, qui l'avait admis presque malgré lui, par pure concession aux vives réclamations des pays de droit écrit, n'a fait que prévoir la volonté probable des futurs époux, sans entendre

en aucune façon leur interdire de vouloir autre chose. Aussi est-ce à tort qu'on faisait intervenir ici des considérations tirées du droit romain, où la conservation des dots était une règle d'intérêt public : « *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt* » (Paul, loi 2, D., *De jure dotium*, XXIII, 3). Chez nous, les futurs époux, libres de ne pas adopter le régime dotal, sont par suite libres de ne l'adopter qu'en partie, suivant leurs convenances personnelles, quelque danger que doive présenter pour la conservation du fonds dotal telle ou telle modification apportée par eux au régime proposé comme modèle par le Code civil (1).

201. C'est une autre question de savoir si, sous le même régime, la réserve de la faculté d'aliéner implique de soi la réserve de la faculté d'hypothéquer. La difficulté porte alors, non plus sur la validité de la clause insérée par les futurs époux dans leur contrat de mariage, mais sur son étendue. Aussi faut-il, pour résoudre la question, se placer uniquement au point de vue des parties et rechercher quelle a été leur intention. Rien, d'ailleurs, de plus aisé à découvrir. En effet, par cela même que, pouvant choisir un régime plus large, les futurs époux se sont d'eux-

(1) Cf. MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 537, p. 574, texte et note 59 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, n° 229 *bis* VI.

mêmes soumis à un régime de défiance et de restriction, il paraît conforme à leur volonté d'interpréter d'une manière étroite toute clause dérogeant aux principes du régime qu'ils ont adopté comme base de leur association. D'où il suit que la réserve du droit d'aliéner ne doit pas être considérée comme entraînant virtuellement celle du droit d'hypothéquer. Cette solution est, d'ailleurs, parfaitement raisonnable, car il est très-vrai que l'hypothèque, en raison des illusions qu'elle peut donner à celui qui la consent, est un acte plus dangereux que l'aliénation. Après quelques hésitations, elle a définitivement triomphé tant en doctrine qu'en jurisprudence (1).

Il y a cependant une objection possible. Nous avons vu, dans le précédent chapitre (V. *suprà*, n° 147), que dans les cas exceptionnels où la loi réserve elle-même le droit d'aliéner les immeubles dotaux (art. 1555, 1556 et 1558), il faut admettre qu'elle réserve implicitement celui de les hypothéquer. Pourquoi, peut-on dire, suit-on une autre règle dans l'interprétation des contrats? La réponse est facile. Dans les dispositions de la loi, la réserve de la faculté d'aliéner s'explique en général par la nécessité de donner satisfaction à des

(1) V. les autor. citées par MM. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 575, note 60, et notam. Chamb. réun. cass., 29 mai 1839, *Sir.*, 39, 1, 449. Concl. du Proc. gén. Dupin. — Caen, 1er avril 1876, *Sir.*, 76, 2, 291.

intérêts qui priment même celui de la conservation de la dot. Au contraire, dans le contrat, cette même réserve peut s'entendre en ce sens que les futurs époux n'ont pas voulu avoir les mains liées en présence d'une occasion qui se présenterait de vendre avantageusement un immeuble dotal. Or, à ce point de vue, la faculté d'hypothéquer irait précisément à l'encontre du but poursuivi. Après tout, l'interprétation restrictive de la clause qui réserve la faculté d'aliéner s'appuie sur la volonté probable des parties, puisque la prohibition et la défiance sont la règle qu'elles ont adoptée ; si cette interprétation, la seule possible dans le doute, leur prête une intention qui n'était pas la leur, c'était à elles d'en manifester une autre.

202. Une clause que l'on rencontre assez fréquemment dans les donations et dans les testaments est celle par laquelle le donateur ou testateur interdit au donataire ou légataire d'aliéner les biens formant l'objet de la disposition. Quand cette prohibition est absolue et indéfinie, tout le monde s'accorde à reconnaître qu'elle doit être réputée non écrite, par application de l'article 900 du Code civil, comme contraire à la règle d'intérêt public qui exige la libre circulation des biens (1).

(1) Cf. MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VII, § 692, p. 296, texte et note 35, et les autorités auxquelles ils renvoient, notam. Civ. rej., 7 juillet 1868, *Dall.*, 68, 1, 446. *Adde* Req. rej., 19 mars 1877, *Dall.*, 79, 1, 455.

Mais l'accord cesse quand elle est seulement relative et temporaire, et notre jurisprudence, vigoureusement combattue en cela par M. Laurent (*op. cit.*, t. XI, nos 450 à 465), n'hésite pas à la valider, pourvu d'ailleurs qu'elle se trouve justifiée par un intérêt sérieux et légitime du disposant ou d'un tiers. C'est ainsi que les tribunaux regardent comme parfaitement licite la défense d'aliéner qui a pour objet de garantir soit un droit d'usufruit ou de retour que s'est réservé le donateur sur les biens donnés (1), soit un avantage, droit d'usufruit ou autre droit temporaire, qu'il a légitimement conféré à un tiers (2). Il y a même des arrêts qui ont décidé qu'une prohibition temporaire d'aliéner pouvait être valablement imposée au donataire ou légataire dans son propre intérêt ou dans celui de sa famille (3). Quoi qu'il en soit de cette jurisprudence, si nous admettons avec elle que la défense d'aliéner pendant un certain temps peut être valablement attachée à une donation ou à un legs, nous en conclurons qu'elle entraînera, pen-

(1) V. notam. Civ. cass., 20 avril 1858, *Dall.*, 58, 1, 154; Req. rej., 27 juillet 1863, *Dall.*, 64, 1, 494; Angers, 18 décembre 1878, *Sir.*, 79, 2, 322.

(2) V. notam. Req. rej., 12 juillet 1865, *Dall.*, 65, 1, 475; Req. rej., 9 mars 1868, *Dall.*, 68, 1, 309.

(3) V. les décisions d'espèce auxquelles renvoient MM. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, note 37. — Cf. M. Demolombe, *op. cit.*, t. XVIII, p. 327, no 303. — *Adde* : Req. rej., 11 juillet 1877, *Dall.*, 78, 1, 62; Toulouse, 6 juillet 1883, *Gaz. Pal.*, 83, 2, 250 (2e partie).

dant le même temps, l'interdiction d'hypothèquer les biens donnés ou légués. M. Laurent le conteste, en disant qu'une clause qui déroge à un principe d'ordre public est par cela même de la plus stricte interprétation (*op. et loc. cit.*, n° 468). Ce n'est pas, répondons-nous, interpréter largement une clause que de lui faire produire tout l'effet qu'elle comporte ; or la clause d'inaliénabilité serait illusoire et ne répondrait pas au but poursuivi par le disposant, si le donataire ou légataire pouvait aliéner indirectement par la voie de l'hypothèque les biens formant l'objet de la disposition ; et il est de principe, d'ailleurs, ainsi que nous l'avons vu, que la faculté d'hypothéquer n'appartient pas à qui n'a pas celle d'aliéner. Qu'on se refuse à considérer comme valable la condition d'inaliénabilité, nous le voulons bien ; mais du moment qu'on ne le fait pas, on ne doit pas, sous prétexte qu'elle déroge à une règle d'intérêt général, en restreindre arbitrairement la portée.

203. Une autre clause, non moins fréquente que la précédente, est celle par laquelle, sans interdire au donataire ou légataire d'aliéner les biens donnés ou légués, le disposant se borne à les déclarer insaisissables, c'est-à-dire à les soustraire aux voies d'exécution forcée et à la mainmise des créanciers. L'opinion qui prévaut en jurisprudence, c'est que cette clause, dont la validité est reconnue

par l'article 581-3° du Code de procédure quand il s'agit de meubles, peut aussi être valablement apposée à une donation ou à un legs d'immeubles. Toutefois, l'article 582 réputant non avenue à l'égard des créanciers postérieurs la clause d'insaisissabilité autorisée par l'article 581, la Cour de Cassation étend cette restriction, établie par la loi pour les objets mobiliers, aux objets immobiliers, et décide, en conséquence, que la clause d'insaisissabilité n'est valable qu'en tant qu'on l'oppose aux créanciers antérieurs à la donation ou à l'ouverture du legs, lesquels n'ont pas à s'en plaindre, puisqu'ils n'ont pas dû compter sur ce gage, qu'il dépendait du donateur ou du testateur de ne pas faire entrer dans le patrimoine de leur débiteur, mais qu'elle ne saurait être invoquée contre les créanciers postérieurs, qui, en traitant avec le donataire ou le légataire, ont pu légitimement compter sur des biens par lui déjà recueillis. En un mot, la clause d'insaisissabilité ne concerne que le passé, elle ne peut produire aucun effet dans l'avenir (V. notam. Civ. cass., 20 décembre 1864, *Dall.*, 65, 1, 24).

Réduite à ces termes, la solution de la jurisprudence ne nous paraît pas mériter le reproche qu'on lui a fait de consacrer une restriction contraire à l'essence de la propriété, une mise hors du

commerce partielle (1). La condition d'insaisissabilité ne viole aucun droit acquis, elle laisse entier le droit de libre disposition du propriétaire. En quoi, dès lors, serait-elle contraire à l'ordre public ? Aussi n'hésitons-nous pas à la considérer comme valable.

Opposable au créancier antérieur à la donation ou à l'ouverture du legs, la clause d'insaisissabilité empêche ce créancier de se prévaloir de l'hypothèque qu'il aurait acquise, dans l'hypothèse de l'article 2130 par exemple, sur les biens qui ont fait l'objet de la donation ou du legs, car l'hypothèse, simple cause de préférence sur le gage commun (art. 2093 et 2094), ne se conçoit que si le créancier a la faculté de faire saisir et vendre l'immeuble qui en est frappé. C'est ainsi qu'il a été jugé que le créancier d'un légataire, dont le titre est antérieur à l'ouverture du legs, ne peut pas, même en vertu d'un jugement, prendre inscription sur les biens légués sous condition d'insaisissabilité (Req. rej., 10 mars 1852, *Dall.*, 52, 1, 111).

Mais cette condition laisse intact, en la personne du donataire ou du légataire, le droit d'user désormais comme moyen de crédit des immeubles à lui donnés ou légués, notamment le droit de conférer sur eux des hypothèques conventionnelles.

(1) MM. Demolombe, *op. et loc. cit.* nº 311 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, nº 472. — Riom, 23 janvier 1847, *Dall.*, 47, 2, 122.

Toutefois, si l'on admet avec la jurisprudence que, dans la même mesure et dans les mêmes circonstances que la clause d'inaliénabilité, la clause d'insaisissabilité est opposable même aux créanciers postérieurs à la donation ou à l'ouverture du legs (1), on devra décider, croyons-nous, par application du raisonnement qui précéde, que le donataire ou le légataire ne pourra conférer hypothèque sur les biens donnés ou légués qu'après l'expiration du temps auquel a été limité l'effet de la clause. Dans ce cas, en effet, ceux qui traitent avec le donataire ou le légataire, pendant la période d'efficacité de la clause d'insaisissabilité, se trouvent, par rapport aux biens donnés ou légués, dans la même situation que les créanciers antérieurs.

204. Il va sans dire que, le système de la jurisprudence étant admis, la prohibition d'hypothéquer contenue dans une donation ou dans un testament doit être considérée comme licite, dans la même mesure et sous les mêmes conditions que la prohibition d'aliéner. *Qui peut le plus peut le moins.*

205. Nous croyons même que la prohibition temporaire d'hypotéhquer pourrait être valablement insérée, comme la prohibition temporaire

(1) Cf. Req. rej., 27 juillet 1863, *Dall.*, 64, 1, 494 ; Toulouse, 6 juillet 1883, *Gaz. Pal.*, 83, 2, 250 (2e partie).

d'aliéner, dans un contrat autre qu'une donation, si d'ailleurs elle se justifiait par un intérêt *sérieux* et *légitime* du stipulant. Dès lors que l'on admet, en effet, qu'une prohibition de cette nature, imposée par un donateur ou un testateur, ne viole pas la règle d'ordre public qui exige que le propriétaire ait la libre disposition de ses biens, on ne saurait logiquement décider le contraire quand elle est le résultat d'un accord intervenu entre le propriétaire et la personne intéressée. C'est ce qu'à pensé la Cour de Paris (11 novembre 1812, *Sir.*, 13, 2, 34), qui, tenant pour valable une prohibition temporaire d'aliéner résultant d'une convention, a décidé qu'elle entraînait la prohibition d'hypothéquer.

Plus récemment, la Cour de Rennes (21 juillet 1888, *Pand. franç.*, 88, 2, 327) a déclaré licite la condition imposée à un acquéreur de ne consentir, avant sa complète libération, aucune hypothèque sur l'immeuble vendu. « Considérant, dit l'arrêt, que cette prohibition avait pour but, comme l'ont exprimé les parties, de fournir aux vendeurs une plus grande sécurité, c'est-à-dire de les assurer contre les effets de la déchéance possible de leur privilège, d'où suit que les tiers à qui des hypothèques ont été consenties au mépris de cette clause, parfaitement licite, s'ils peuvent s'en prévaloir entre eux, ne sont pas admissibles à les opposer

aux vendeurs... ». Nous croyons toutefoi sque c'est aller trop loin que d'induire de la validité de la clause en question la possibilité de l'opposer directement aux créanciers hypothécaires. Que le vendeur puisse demander la résolution de la vente pour cause d'inexécution des conditions, et, de la sorte, faire tomber par voie de conséquence les hypothèques constituées par l'acheteur en violation de la clause prohibitive, cela va de soi. Mais qu'il soit en droit de repousser les hypothèques sans attaquer la vente, c'est ce qui semble au moins douteux. Tout ce qu'on peut dire en faveur de la solution adoptée par la Cour de Rennes, c'est que, maître de faire résoudre la vente et, par suite, les hypothèques, le vendeur peut à plus forte raison ne faire résoudre que ces dernières, conformément à l'adage *Qui peut le plus peut le moins*. Mais, sur le terrain juridique, cette considération paraît assez peu solide, quand on observe que le vendeur, en restreignant aux mains de l'acheteur la faculté d'hypothéquer qui appartient à tout propriétaire, ne saurait s'être réservé un droit réel sur l'immeuble vendu. La liste des droits réels semble limitativement fixée par la loi, et le droit réel qui serait ainsi retenu par le vendeur ne s'y trouve pas. La clause dont nous nous occupons n'a pu engendrer qu'un droit personnel, une obligation à la charge de l'acquéreur, et ce lien purement personnel qui

existe entre le vendeur et l'acheteur est évidemment *res inter alios acta* pour les créanciers auxquels celui-ci a conféré des hypothèques.

206. Nous en avons ainsi terminé avec l'examen de la plupart des questions auxquelles peuvent donner lieu les conditions de capacité requises dans la personne de celui qui concède l'hypothèque. Quant aux conditions requises dans la personne de celui au profit duquel elle est constituée, pas n'est besoin de leur consacrer des développements spéciaux, car la condition nécessaire et suffisante pour acquérir valablement une hypothèque, c'est d'être créancier, et il ne nous appartient pas de rechercher ici comment on devient créancier. Il nous suffit de constater que tout créancier capable de consentir, qu'il soit pur et simple, conditionnel, à terme ou même simplement futur, peut recevoir une hypothèque conventionnelle, soit par lui-même, soit par mandataire. Quelques questions de forme peuvent se poser à cet égard : nous les examinerons dans la partie suivante. Nous déterminerons en outre, dans un appendice qui suivra notre quatrième partie, quelles sont les créances pour sûreté desquelles l'hypothèque peut être consentie.

TROISIÈME PARTIE

DE LA FORME DE LA CONSTITUTION D'HYPOTHÈQUE

---

207. Aux termes de l'article 2127, « l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique.... ». Justifié ou non, ce principe est écrit dans la loi, et, tant qu'il subsistera, il faudra l'appliquer dans toute sa rigueur.

Il en résulte que tous les éléments nécessaires du contrat d'hypothèque doivent être constatés dans un acte authentique. Si donc le titre constitutif, insuffisant par lui-même, ne se complétait que par relation à un acte sous seing privé, l'authenticité serait incomplète, et l'acte ne vaudrait pas plus que s'il était totalement dépourvu d'authenticité.

208. Mais, en raison de son caractère exceptionnel, il va sans dire que la règle de l'authenticité doit être restreinte à la convention d'hypothèque et aux éléments qui en sont le complément indispensable, essentiel. On ne saurait donc l'étendre

à la créance garantie, laquelle peut sans aucun doute n'être constatée que par un acte sous seing privé. Le plus souvent, en pratique, c'est l'acte même dans lequel est consentie l'hypothèque qui constate l'existence de la créance, mais ce n'est là qu'un simple fait, et la loi n'exige rien de semblable.

Il y a cependant un élément de la créance garantie, son *quantum*, qui doit être nécessairement indiqué dans l'acte constitutif de l'hypothèque. Ainsi le veut la règle de la spécialité quant à la créance (art. 2132). Une hypothèque n'est donc valablement stipulée que pour la somme mentionnée dans l'acte qui la constate. Aussi la Cour de Cassation a-t-elle justement cassé un arrêt dans lequel la Cour de Pau, ayant à déterminer l'étendue d'une constitution d'hypothèque, s'était appuyée sur un acte sous seing privé pour fixer le montant de la créance garantie à une somme supérieure à celle qui avait été indiquée dans l'acte authentique (Civ. cass., 1er décembre 1852, *Dall.*, 54, 1, 275).

Encore convient-il de circonscrire la portée de cette restriction. Il est possible que la créance pour sûreté de laquelle est consentie l'hypothèque se trouve indéterminée dans son *quantum* : ce peut être, par exemple, une créance de dommages-intérêts non encore liquidés. L'article 2132, ainsi que

nous le verrons plus loin, impose seulement alors au créancier l'obligation de l'évaluer dans le bordereau destiné à requérir l'inscription. La liquidation, même approximative, du montant pécuniaire de la créance garantie n'est donc pas exigée dans l'acte constitutif de l'hypothèque. Aussi peut-elle n'être constatée, comme la créance elle-même, que par un acte sous seing privé.

209. L'article 2127 ne se borne pas à exiger un acte authentique, il veut de plus que cet acte soit passé « devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins (1) ». Un acte authentique non notarié serait donc aussi inopérant, à l'effet de constituer une hypothèque, qu'un simple acte sous seing privé. C'est ce qui se produirait notamment si une hypothèque conventionnelle était constatée dans un procès-verbal de conciliation dressé par un juge de paix siégeant comme magistrat conciliateur, et ce, quand même l'article 54 du Code de procédure civile ne disposerait pas que « les conventions des parties, insérées au procès-verbal, ont force d'obligation privée (2) ». Nous en dirions autant d'une hypothèque constituée par bordereau d'agent de change, dûment signé des parties : si l'on admet qu'il y a là un véritable acte authenti-

(1) V. l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI.

(2) Locré, *op. cit.*, t. XXI, p. 253 ; M. Garsonnet, *Préc. de Proc. civ.*, nº 300, note 2. — Rennes, 12 août 1814, Dalloz, *Rép.*, vº Privil. et Hypoth., nº 1270.

que, il n'en faut pas moins décider qu'il ne peut pas contenir une constitution d'hypothèque, car celle-ci doit être faite, non pas dans un acte authentique quelconque, mais dans un acte notarié (1).

210. Il y a lieu toutefois de considérer comme subsistantes les dispositions spéciales de l'article 14, titre II, de la loi des 23-28 octobre-5 novembre 1790, et de l'article 3 de celle du 4 mars 1793, dispositions en vertu desquelles les baux et autres contrats passés au nom de l'État par des agents administratifs avec des fournisseurs, entrepreneurs ou ouvriers, peuvent contenir des constitutions d'hypothèque valables, pour sûreté des engagements contractés envers l'État. Ces agents ont, en effet, reçu de l'article 14 de la loi de 1790 tous les pouvoirs des notaires ; et l'article 1712 du Code civil nous autorise à décider qu'il s'agit là d'une de ces règles particulières de droit administratif que n'ont point abrogées les lois générales postérieures. Par conséquent, malgré l'article 3 de la loi de brumaire an VII et l'article 2127 du Code civil, nous pensons que l'acte notarié peut être remplacé ici, à l'effet de constituer hypothèque, par un acte émanant des autorités administratives : *Lex generalis non derogat speciali* (2).

(1) V., sur ce point, MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, p. 329, note 1.

(2) V. MM. Favard de Langlade, *Rép.*, v° Louage, sect. I, § 4, n° 2 ; Grenier, *op. cit.*, t. I, n° 9 ; Duranton, *Cours de dr. français*, t. XIX, n° 360 ; Foucart, *Dr. administ.*, t. II, n° 1117 ; Aubry et

Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut, bien entendu, que l'hypothèque soit constituée dans les conditions formellement prévues et pour les contrats spécialement mentionnés dans les lois de 1790 et de 1793. Ainsi, deux particuliers ne pourraient pas constituer une hypothèque, l'un au profit de l'autre, dans un acte administratif, alors même qu'ils figureraient dans cet acte. C'est ce que le Conseil d'État a décidé avec raison, à la date du 29 mai 1811, dans une espèce où un remplaçant avait stipulé, dans l'acte de remplacement reçu par le préfet, une hypothèque sur les biens de celui qu'il exonérait du service militaire.

L'opinion que nous émettons n'est pas admise par tous les auteurs. On lui oppose l'article 56 de la loi de brumaire an VII, qui abroge, d'une manière générale, « toutes les lois, coutumes et usages antérieurs sur les constitutions d'hypothèque ». Les lois de 1790 et de 1793, dit-on, en donnant aux agents administratifs, pour la passation des actes d'administration, tous les pouvoirs des notaires, disposaient de plus que ces actes entraîneraient de plein droit une hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur. Or, ajoute-t-on, en admettant qu'une hypothèque puisse encore

Rau, *op. et loc. cit.*, § 266, p. 276, texte et note 55 ; Ducrocq, *Cours de dr. administ.*, t. II, nº 1036. — Req. rej., 3 juillet 1817, *Sir.*, 18, 1, 368 ; *Civ. cass.*, 12 janvier 1835, *Sir.*, 35, 1, 11.

être constituée dans un acte administratif, tout le monde est d'accord pour reconnaître que cet acte ne pourrait plus, même en vertu d'une stipulation expresse, contenir une constitution d'hypothèque générale : cela résulte, non seulement de l'article 56 de la loi de brumaire, mais de maints articles spéciaux, notamment de l'article 2129 du Code civil, épars dans nos lois. N'en faut-il pas conclure, également en vertu de l'article 56 de la loi de brumaire et de nombreuses dispositions particulières, telles que les articles 3 de la même loi et 2127 du Code civil, que cet acte ne pourrait pas davantage contenir une constitution d'hypothèque, même spéciale? Il n'y a pas, en effet, de raison plausible pour admettre l'abrogation dans un cas et la repousser dans l'autre (1).

Cette objection n'est pas décisive, car, par cela même que, dans l'état de choses existant avant la loi du 11 brumaire an VII, tout acte notarié constatant une obligation emportait de plein droit hypothèque générale sur tous les biens du débiteur, on s'explique aisément qu'en assimilant les actes des autorités administratives aux actes notariés, les lois de 1790 et de 1793 aient fait produire aux premiers les effets découlant des seconds. Aujourd'hui, l'acte notarié est encore, il est vrai, exigé pour la

(1) V., en ce sens, Troplong, *op. cit.*, t. II, n° 505 *bis* ; MM. Pont, *op. cit.*, n° 663 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, n° 436. — Pau, 16 juin 1832, *Sir.*, 32, 2, 572.

constitution de l'hypothèque conventionnelle, mais il n'entraîne plus les mêmes conséquences. Ne conçoit-on pas, dès lors, que l'acte administratif qui peut, dans certains cas, remplacer l'acte notarié à l'effet de constituer hypothèque, n'entraîne pas davantage ces conséquences ?

Il ne faut pas, au surplus, ainsi que nous l'avons déjà dit, appliquer les dispositions des lois précitées à des contrats administratifs autres que ceux qui ont été spécialement prévus par ces lois. Rappelons, à ce propos, qu'un décret du 12 août 1807 a décidé, que les baux à ferme des hospices, et d'autres établissements de bienfaisance ou d'instruction publique, seraient à l'avenir passés aux enchères devant notaire, et que les hypothèques seraient stipulées dans la forme déterminée par l'article 2127. La même règle est applicable aux baux des biens des communes, ajoutent MM. Aubry et Rau (*loc. cit.*).

211. Une autre exception au principe de l'article 2127 a été introduite par l'article 2 de la loi du 10 décembre 1874 et reproduite par le même article de la loi du 10 juillet 1885. C'est l'exception que nous avons signalée dans le paragraphe VII de notre première partie : elle est relative à l'hypothèque maritime, laquelle doit seulement être constatée par écrit : c'est dire qu'elle peut être consentie aussi bien par un acte sous signatures privées

que par un acte authentique quelconque. Nous n'avons pas, d'ailleurs, à insister sur ce point, et nous nous hâtons de revenir à l'acte notarié, dont il nous faut déterminer exactement les conditions.

212. Il va de soi, d'abord, que cet acte doit être valable comme acte notarié. S'il était nul par suite de l'incompétence ou de l'incapacité du notaire, ou pour un vice de forme, il constaterait inutilement la constitution d'une hypothèque conventionnelle, alors même qu'il serait signé des parties, car cette dernière circonstance n'aurait d'autre effet que de le faire valoir comme acte sous seing privé (art. 1318), et nous savons qu'un pareil acte ne peut contenir une convention valable d'hypothèque (Amiens, 18 novembre 1885, *Gaz. Pal.*, 86, 1, 360).

213. Un acte notarié *ordinaire* est d'ailleurs suffisant, la loi du 21 juin 1843 ne rangeant pas les conventions constitutives d'une hypothèque parmi celles pour lesquelles il est nécessaire, à peine de nullité, que le second notaire ou les deux témoins instrumentaires soient réellement présents au moment de la lecture et de la signature de l'acte.

214. Mais cet acte doit-il être reçu en minute, ou peut-il être simplement rédigé en brevet? Avec la jurisprudence et la majorité des auteurs, nous pensons que le doute n'est pas permis en présence

de l'article 2148, où il est dit que, pour opérer l'inscription, le créancier doit représenter au conservateur des hypothèques « *l'original en brevet* ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque ». Les jugements étant toujours rédigés en minute, les mots « *original en brevet* » n'auraient aucun sens si on refusait de les appliquer aux actes notariés constitutifs d'hypothèque conventionnelle. C'est là, d'ailleurs, un point parfaitement admis en pratique : les notaires passent couramment en brevet les obligations hypothécaires de somme minime, et les conservateurs ne refusent jamais l'inscription (1).

Pour condamner cette pratique, on fait observer que les règles relatives à la forme et aux conditions des actes notariés sont posées dans une loi spéciale, la loi du 25 ventôse an XI, contenant organisation du notariat, et on s'appuie sur l'article 20 de cette loi, ainsi conçu : « Les notaires seront tenus de garder minute de tous les actes qu'ils reprécevront. — Ne sont néanmoins compris dans la sente disposition, les certificats de vie, procurations, actes de notoriété, quittances de fermages,

(1) En ce sens, MM. Rolland de Villargues, *Rép. du Notariat*, v° Brevet (acte en), n^os^ 11 et 12 ; Pont, *op. cit.*, n^os^ 665 et 942 ; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, § 266, p. 273, texte et note 46. — Alger, 7 mai 1870, *Dall.*, 71, 2, 1, et *Sir.*, 71, 2, 105, avec une note de M. Lyon-Caen.

de loyers, de salaires, arrérages de pensions et rentes, et autres actes simples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet. » L'article 20, dit-on, après avoir posé comme règle générale que les notaires doivent garder minute de tous les actes qu'ils reçoivent, permet, par exception à cette règle, de délivrer en brevet deux sortes d'actes : d'abord, ceux qu'il énumère expressément ; en second lieu, les autres actes simples qui, d'après les lois peuvent être délivrés en brevet. Or, l'acte constitutif d'hypothèque ne figure pas parmi les premiers, et d'autre part, malgré la mention de l'article 2148, où il s'agit seulement de déterminer les conditions de l'inscription de l'hypothèque, et nullement celles de sa constitution, l'importance de cet acte est assez grande pour que l'on ne puisse songer à le faire rentrer dans les actes simples compris également dans l'exception. Il faut en conclure qu'il doit rester en minute chez le notaire, et ce à peine de nullité, car l'article 68 de la même loi déclare nul tout acte fait en contravention aux dispositions de l'article 20 (1).

Si la disposition formelle de l'article 2148 n'existait pas, nous nous inclinerions devant la logique de ce raisonnement, et nous ne dirions pas, comme l'ont fait M. Pont et la Cour d'Alger, que, les nul-

(1) V. notam., en ce sens, Duranton, *op. et loc cit.*, nº 357 ; Ed. Clerc, *Tr. gén. du Notar.*, t. II, p. 73, nº 1775.

lités ne se suppléant pas, l'acte d'hypothèque reçu en brevet doit être considéré comme valable en l'absence d'un texte législatif contraire, car, pour qu'un acte notarié puisse être délivré en brevet, croyons-nous avec M. Lyon-Caen, il ne suffit pas que la loi garde le silence sur sa forme, il faut encore que, d'une manière expresse ou implicite, elle autorise à recourir à cette forme simplifiée. Mais, fort heureusement, la question est tranchée par l'article 2148 qui, de date postérieure à la loi du 25 ventôse de l'an XI, doit être considéré comme l'ayant modifiée sur ce point. La loi belge du 16 décembre 1851 a fait disparaître de l'article 2148 les mots « *original en brevet* ». Nous admettons dès lors, sans la moindre hésitation, bien qu'il nous en coûte de faire une concession au formalisme, qu'en Belgique l'acte notarié constitutif d'hypothèque doit être reçu en minute (Cf. M. Laurent, *op. et loc. cit.*, n° 432).

Lors de l'enquête administrative de 1841, relative à la réforme du régime hypothécaire, la Faculté de droit de Caen a exprimé le vœu que, dans l'intérêt des partis et des tiers, la minute fût exigée par une disposition spéciale introduite dans nos lois (1). Nous ne saurions partager ce désir, car, même en tenant pour bonnes les raisons à l'aide desquelles on prétend justifier la nécessité

(1) *Doc. hyp.*, t. III, p. 297 ; t. II, pp. 550 et 551.

d'un acte notarié, nous ne pensons pas que, en ce qui a trait à la constitution de l'hypothèque, l'acte reçu en brevet offre plus d'inconvénients que celui qui est reçu en minute : le notaire est là, dans un cas aussi bien que dans l'autre, pour éclairer et protéger le débiteur, et l'éventualité d'une vérification d'écriture n'est pas plus à redouter avec la première qu'avec la seconde forme. Nous ne voyons pas non plus en quoi ce mode de procéder pourrait préjudicier aux tiers. Peu leur importe, en effet, suivant la juste remarque de la Cour d'Alger, « qu'il ne reste pas minute de l'acte au moyen duquel l'hypothèque conventionnelle a été constituée..... Les registres du conservateur leur en diront tout autant sur l'inscription résultant d'un acte authentique en brevet que sur celle résultant d'un acte authentique dont il restera minute..... Si des risques peuvent résulter de ce mode de procéder, c'est uniquement le bénéficiaire de l'hypothèque ainsi constituée qui en court la chance..... ». Mais alors c'est à lui, maître de la convention, d'exiger que l'acte soit reçu en minute, s'il estime que cette formalité est indispensable à la conservation de son droit.

215. Au point de vue pratique, la décision de la Cour d'Alger est surtout intéressante en ce qu'elle constitue un des principaux documents qui per-

mettent de considérer désormais comme à peu près résolu en jurisprudence le grave problème de la mobilisation du crédit foncier, que nous avons déjà eu l'occasion d'examiner sous un autre aspect, en étudiant la question de l'hypothèque préconstituée (V. *suprà*, nos 43 et s.). On peut donc dire que, grâce à la possibilité de rédiger en brevet l'acte constitutif d'hypothèque, les titres hypothécaires jouissent aujourd'hui, en fait, des mêmes facilités de circulation que les titres de crédit commerciaux.

Cet heureux résultat, dont nous n'avons plus à faire ressortir les avantages (V. *suprà*, n° 46 *in fine* n'a pas été obtenu du premier coup : ce n'est que peu à peu, en tranchant controverse sur controverse, que les tribunaux sont parvenus, sous la pression des exigences de la pratique, à faire pénétrer dans le cadre trop étroit de notre droit hypothécaire la théorie des titres hypothécaires négociables, qui n'a certainement pas été prévue par le Code, mais qui, fort heureusement, ne rencontre aucun texte formel qui lui soit contraire. Nous n'avons pas l'intention d'étudier ici par le menu cette ingénieuse théorie : cela exigerait d'assez grands développements et nous éloignerait quelque peu de notre sujet. Un simple aperçu de la question suffira amplement à montrer l'importance pratique de la solution consacrée par la

Cour d'Alger. Ce sera, de plus, le complément utile des observations que nous avons présentées dans notre première partie, à propos de l'hypothèque préconstituée.

216. A s'en tenir strictement au texte du Code civil, on ne peut rendre opposable aux tiers une cession de créance, d'ailleurs parfaite entre les parties par le seul effet du consentement, qu'en la signifiant au débiteur cédé ou en la lui faisant accepter dans un acte authentique (art. 1690). Le défaut d'accomplissement de cette formalité a des conséquences tellement graves (V. notam. l'art. 1691), que le cessionnaire ne saurait se dispenser de la remplir, s'il veut avoir quelque sécurité. La cession d'une créance se présente ainsi, dans le Code civil, comme une opération lente et coûteuse, et ce n'est certes pas avec un pareil mode de transport qu'on pouvait songer à mobiliser les créances hypothécaires.

Aussi, en présence du système compliqué de la loi civile, la pratique a-t-elle de bonne heure imaginé d'emprunter à la loi commerciale ses procédés commodes et rapides de cession. C'est ainsi qu'on s'est avisé de faire participer l'obligation hypothécaire au bénéfice de la clause à ordre (1),

(1) Deux observations générales à cet égard : 1° La loi n'exige dans aucune de ses dispositions qu'il soit fait un acte authentique pour constater la cession de l'hypothèque. 2° Les développements qui vont suivre sur les titres hypothécaires à ordre et surtout au

dont l'effet naturel est de rendre la créance qui en est revêtue transmissible *erga omnes* par simple voie d'endossement, sans qu'il soit besoin de signification ni d'acceptation. Mais cela n'a pas été admis sans conteste. La généralité des Cours d'appel et quelques auteurs, voyant dans la disposition de l'article 1690 une règle d'ordre public, à l'application de laquelle les parties ne sauraient se soustraire sans un texte formel, se sont prononcés contre l'extension de l'usage de la clause à ordre aux obligations civiles : sans doute, a-t-on dit, cette clause peut être adjointe à une créance purement civile, mais l'endossement ne vaut alors qu'entre le cédant et le cessionnaire, et celui-ci, pour être saisi à l'égard des tiers, n'en doit pas moins remplir l'une ou l'autre des formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil (1). Ce système, nous nous empressons de le constater, n'a

porteur supposent résolue la question de savoir si une hypothèque peut être consentie au profit d'une personne non dénommée. L'examen de cette question, dont la solution doit être cherchée dans l'appréciation exacte du rôle que joue le créancier dans la constitution de l'hypothèque trouvera naturellement sa place dans l'étude que nous ferons plus loin des conséquences de la non-intervention du créancier à l'acte constitutif d'hypothèque. V. les nos 246 et 247.

(1) V., en ce sens, Lyon, 22 mars 1830, *Sir.*, 31, 2, 238 ; Grenoble, 7 février 1835, *Sir.*, 35, 2, 340 ; Limoges, 27 novembre 1845, *Sir.*, 46, 2, 482 ; Riom, 27 juillet 1875, *Dall.*, 78, 1, 241 ; et surtout Caen, 14 juin 1876, *Sir.*, 76, 2, 200. — Vavasseur, *Tr. des soc. civ. et comm.*, t. I, nº 479 ; Bucquoy, *Endos., cess. de l'hypoth.*, Revue critique, 1864, pp. 52 et s. ; Laurent, *op. cit.*, t. XXIV, nº 498.

jamais été accepté par la Cour de Cassation, qui, d'accord avec la très-grande majorité des auteurs, décide d'une façon constante que l'article 1690 ne pose pas une règle d'ordre public, que les parties sont, par conséquent, libres d'y déroger (art. 6 et 1134), et qu'elles y dérogent implicitement en déclarant que l'obligation sera payable à l'ordre du créancier (1). Qu'est-ce, en effet, que la clause à ordre, sinon, de la part du débiteur, l'acceptation anticipée des cessions que le bénéficiaire pourra faire de la créance? Le débiteur déclare d'avance qu'il reconnaîtra pour créancier celui auquel le titre aura été transmis au moyen d'un endossement. A quoi bon, dès lors, lui signifier ou lui faire accepter le transport? Peu importe qu'il s'agisse d'une créance civile ou d'une créance commerciale, puisque les effets de la clause à ordre tiennent à sa nature même. « On se méprend gravement, dit Bravard (*Tr. de dr. comm.*, t. III, p. 141), quand on veut rattacher la faculté de céder un titre par endossement à la nature civile ou commerciale du titre..... Sa cause véritable, et sa seule cause, c'est la clause *à ordre*. » Cela est si

(1) V. notam. Civ. cass., 8 mai 1878, *Dall.*, 78, 1, 241, avec une note très-intéressante de M. Beudant ; Civ. cass., 4 décembre 1878, *Sir.*, 79, 1, 103 ; Civ. cass., 7 mai 1879, *Sir.*, 79, 1, 421, — *Adde* : Lyon, 4 juin 1830, joint à Civ. cass., 18 novembre 1833, *Sir.*, 33, 1, 817 ; Pau, 25 juin 1836, *Sir.*, 37, 2, 107. — MM. Boistel, *op. cit.*, nº 746 ; Pascaud, *Les oblig. civ. à ordre, leur valid., leurs avant.*, Revue critique, 1878, pp. 705 et s. ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.* nº 1104.

vrai que, d'une part, la loi elle-même nous présente des créances civiles cessibles par simple endossement, et que, d'autre part, il est fréquent de rencontrer des créances commerciales soumises pour leur transmission aux formalités de l'article 1690. Ainsi, les billets à ordre qui ne portent que des signatures de non-commerçants, et ne sont pas relatifs à des opérations de commerce, sont purement civils (art. 636, C. com.), et cependant ils sont, aux termes de l'article 187 du même Code, transmissibles par endossement avec tous les effets inhérents à ce mode de cession (V. notam. Civ. rej., 14 mars 1850, *Dall.*, 50, 1, 270) ; à l'inverse, la cession d'une créance à personne dénommée doit être signifiée au débiteur ou acceptée par lui pour être opposable aux tiers, cette créance fût-elle commerciale (1).

217. Une fois établie la solution que nous venons de justifier, il semblait qu'on dût admettre sans difficulté que l'hypothèque garantissant une créance constatée par un titre à ordre se transmet avec la créance par le seul fait de l'endossement. L'article 1692 du Code civil dit en termes précis que la cession d'une créance entraîne de plein droit celle de l'hypothèque qui y est attachée, et

(1) Civ. rej., 27 novembre 1865, *Dall.*, 66, 1, 56 ; Req. rej., 28 avril 1869, *Dall.*, 69, 1, 445 ; Rouen, 3 janvier 1874, sous la note précitée de M. Beudant. — MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 359 *bis*, p. 431 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 634.

l'on ne saurait se refuser à voir dans cette disposition une application pure et simple de cette règle de droit commun et, on peut le dire, de bon sens : *Accessorium sequitur principale.* On a prétendu cependant que les principes de notre droit hypothécaire s'opposent à ce que la transmission de la créance par voie d'endossement opère le transport de l'hypothèque qui la garantit. Ce mode de transmission a-t-on dit, est inconciliable avec la faculté accordée à tout acquéreur d'immeuble de purger sa propriété des hypothèques qui la grèvent. Comment, en effet, remplir les formalités prescrites par les articles 2183 et 2184 du Code civil et notamment notifier son titre au créancier hypothécaire, si ce créancier, le tiers porteur, est inconnu? Comment se libérer entre les mains d'un créancier dont on ignore le nom? Ce qui montre bien, a-t-on ajouté, que notre législation hypothécaire répugne à la transmission des hypothèques par l'endossement, c'est que, suivant l'article 2152 du Code civil, le cessionnaire d'une hypothèque n'est admis à faire changer le domicile élu dans l'inscription qu'autant que la cession a eu lieu par acte authentique. Il s'ensuit que le bénéficiaire de l'endossement ne pourrait pas modifier ce domicile, droit que la loi reconnaît cependant à tout créancier hypothécaire. On a enfin soutenu que la clause à ordre et l'endossement ne

sont admis par la loi que pour les obligations commerciales ou qui pourraient être commerciales, c'est-à-dire pour les obligations essentiellement personnelles et mobilières, ce qui exclut tout droit réel immobilier, comme un privilège ou une hypothèque. D'autres objections, celles-ci tirées de l'esprit de la loi, ont encore été élevées contre la transmission par endossement de l'hypothèque attachée à des titres à ordre (1). Nous nous en tiendrons à celles qu'on a prétendu asseoir sur des textes positifs, et il va nous suffire de montrer qu'elles n'ont rien de décisif pour écarter par là même toutes les autres.

D'abord, il est inexact que l'impossibilité de connaître le créancier actuel soit un obstacle à la purge et au paiement : l'acquéreur, qui veut purger, n'est tenu de notifier qu'au domicile élu dans l'inscription (art. 2183), et il peut toujours se libérer en consignant (art. 2186). Pourquoi voudrait-on qu'il dût tenir compte d'une cession qui ne lui a pas été révélée ? Tant pis pour le tiers porteur, s'il souffre de l'ignorance dans laquelle le tiers acquéreur s'est trouvé de son existence : c'était à lui à se faire connaître. Il n'est pas plus exact d'invoquer l'article 2152. Cet article n'impose pas

(1) V. notam. Massé, *Dr. comm.*, t. IV, nº 2996 ; Dalloz, *Rép.*, vº Effets de commerce, nº 373, et vº Privil. et Hypoth., nº 1267 ; Cabantous, sous Req. rej., 21 février 1838, *Sir.*, 38, 1, 208.

au cessionnaire l'obligation de modifier le domicile élu dans l'inscription ; c'est une simple facilité accordée au créancier, et celui-ci demeure libre d'y renoncer, même lorsqu'il est cessionnaire par acte authentique. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'en acceptant une cession par endossement, le créancier actuel a renoncé au bénéfice de l'article 2152, comme il y aurait renoncé par l'acceptation de toute autre cession paracte sous seing privé, même faite conformément à l'article 1690. Enfin, en supposant, — ce que nous n'admettons pas, ainsi que nous le dirons plus loin, — qu'en l'état de notre droit l'hypothèque prise isolément ne puisse pas faire l'objet d'une cession par endossement, cela importe peu pour la solution de notre question. Dans le cas présent, en effet, ce n'est pas l'hypothèque détachée de la créance, le droit réel seul qui est transféré par l'endossement, c'est avant tout une créance, un droit personnel ; et, comme il s'agit d'une créance hypothécaire, le droit réel accessoire suit forcément le sort du droit personnel principal. A proprement parler, si l'on veut, le transport de la créance n'entraîne pas celui de l'hypothèque : la créance seule est transmise, mais elle est transmise telle qu'elle se comporte, avec les divers accessoires qui peuvent l'accompagner. Autrement, que deviendrait l'hypothèque ? Elle ne peut subsister *per se*, sans se rattacher à une

créance, et la faire périr serait créer une cause d'extinction qui n'existe pas dans la loi. Prétendra-t-on que, malgré l'endossement, la créance hypothécaire ne sera pas transmise ? Ce serait, contre toute raison, faire dépendre le principal de l'accessoire. Reste le silence du législateur. Ce n'est pas, comme bien on pense, un argument sérieux, car la loi ne prohibe pas ce qu'elle passe sous silence. D'ailleurs, depuis la loi du 10 décembre 1874, sur l'hypothèque maritime, cette objection n'est plus possible. L'article 12, reproduit par le même article de la loi du 10 juillet 1885, dit en effet : « Si le titre constitutif de l'hypothèque est à ordre, sa négociation par voie d'endossement emporte la translation du droit hypothécaire. » Les raisons de douter étant les mêmes que l'hypothèque soit maritime ou terrestre, on peut donc considérer la question comme résolue législativement (1). Au surplus, l'opinion que nous combattons est aujourd'hui abandonnée : c'est en vain que désormais on tenterait de la défendre devant les tribunaux (2).

(1) La loi belge du 20 mai 1872 (art. 26, al. 1) dit expressément que la propriété d'une lettre de change se transmet par l'endossement, avec les garanties hypothécaires qui y sont attachées.

(2) V. notam., en ce sens, Req. rej., 21 février 1838, *Sir*, 38, 1, 208 ; Req. rej., 11 juillet 1839, *Sir* , 39, 1, 939 ; Colmar, 30 déc., 1850 et 29 mars 1852. *Sir.*, 54, 2, 487 ; Civ. rej., 20 juin 1854, *Sir.*, 54, 1, 593 ; Dijon, 5 août 1858, *Sir.*, 59, 2, 50 ; Alger, 7 mai 1870, précité ; Toulouse, 18 mars 1885, *Dall.*, 86, 2, 204. — MM. Boisel, *op. cit.*, nº 752 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, p. 590, exte et note 2, et les autorités auxquelles ils renvoient.

218. Des applications pratiques qui ont été faites de cette jurisprudence, une seule nous intéresse quant à présent : c'est le cas de l'hypothèque constituée directement dans un titre à ordre. Nous nous bornons donc à signaler, sans commentaire, la combinaison très-usitée consistant à représenter la créance hypothécaire au moyen de valeurs à ordre souscrites par l'emprunteur au profit du prêteur. Observons seulement que, dans ce cas, pour parer aux inconvénients qui peuvent résulter pour les tiers porteurs de ce que le créancier primitif, détenteur de la grosse ou de l'original en brevet du contrat hypothécaire, continue à passer pour le créancier véritable (V. ces inconvénients exposés par M. Challamel, *Étude sur les cédules hypothécaires*, § 25), il importe que l'acte constitutif d'hypothèque énonce l'existence des billets souscrits par l'emprunteur ou des lettres de change tirées par le prêteur. C'est là, du reste, ce qui se fait couramment en pratique. Il est prudent également de mentionner expressément dans l'inscription la convention intervenue entre les parties. Ainsi seront évités les surprises et les mécomptes.

Par cette combinaison, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir quand nous étudierons la constitution d'hypothèque pour sûreté d'une ouverture de crédit, la créance hypothécaire se trouve fractionnée ; elle peut circuler avec la plus grande

facilité par l'endossement des valeurs qui la représentent, ce qui, entre autres avantages, offre celui de permettre au prêteur de rentrer aisément et le lendemain même, s'il le désire, dans tout ou partie des fonds qu'il a avancés à l'emprunteur.

219. La question de savoir si la lettre de change et le billet à ordre peuvent être faits dans la forme notariée, sans cesser pour cela d'être transmissibles par endossement, n'est plus guère discutée aujourd'hui. Tout le monde reconnaît qu'un notaire peut parfaitement être chargé de rédiger un effet de commerce, lettre de change ou billet à ordre ; le recours à l'officier public est même indispensable quand il s'agit de personnes qui ne peuvent ou ne savent écrire, et Nouguier (*Des lettres de change*, t. I, n° 56) nous apprend que, dans les départements du Midi, où la plupart des paysans ne savent pas écrire, les valeurs destinées à solder le prix de leurs achats sont rédigées par les notaires (1).

On peut donc supposer que l'acte notarié constatant l'obligation hypothécaire renferme lui-même la clause à ordre. Dans ce cas, si l'acte est reçu en minute, c'est la grosse délivrée au prêteur qui

(1) En ce sens, Dalloz, *Rép.*, v° Effets de commerce ; n^os^ 38 et 431; MM. Boistel, *op. cit.*, n° 718 ; Rubeu de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° Lettre de change, n° 17 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 1019. — V., contre cette solution, les objections développées par M^e^ Dalloz, sous *Dall.*, 33, 1, 353.

constitue le titre hypothécaire, c'est elle seule qui va circuler et sur laquelle seront écrits les endossements successifs. Aussi y a-t-il lieu de craindre que le débiteur ou ses héritiers, dans l'ignorance de la cession intervenue, ne payent sur la minute au créancier originaire. Sans doute, ainsi que le fait remarquer judicieusement M. Beudant, dans sa note sur l'arrêt de la Cour de Cassation du 8 mai 1878, le débiteur, et ce que nous disons du débiteur s'applique également à ses héritiers, sait ou doit savoir que la créance est à ordre, et il lui serait facile d'éviter tout danger en exigeant, lors du paiement, la remise de la grosse ; mais le fera-t-il ? C'est peu probable, les arrêts en font foi, et il arrivera souvent qu'ayant payé entre les mains du créancier originaire, le débiteur se trouvera encore tenu vis-à-vis du cessionnaire porteur de la grosse.

220. Ce grave inconvénient ne se produit pas avec les effets de commerce négociables, car alors, « en fait au moins, dit M. Beudant, le droit se confond avec l'écrit qui le constate, la cession du droit, avec la remise du titre ; c'est pour cela que l'endossement doit être mis sur le titre lui-même et ne peut être admis par acte séparé ; c'est pour cela également que la quittance sans la remise du titre serait inefficace. Le titre porte donc inévitablement la trace des transmissions dont le droit

peut avoir été l'objet, et alors il n'y a plus à craindre que les débiteurs soient exposés à payer sans le savoir aux mains de qui n'est plus créancier, ou que le créancier puisse tromper un cessionnaire en lui transmettant un droit déjà transmis à un autre ».

De là à se demander si le titre hypothécaire peut prendre la forme d'un effet négociable, notamment d'un billet à ordre, il n'y avait qu'un pas. C'est cette intéressante question qu'a résolue affirmativement la Cour d'Alger, dans le précieux arrêt qui a servi de point de départ aux développements qui précèdent. Posant en principe que l'acte portant constitution d'hypothèque ne doit pas nécessairement être passé en minute, la Cour en a conclu avec juste raison qu'une hypothèque peut être valablement constituée par une stipulation insérée dans un billet à ordre passé en brevet. Dès lors, rien de plus facile que d'éviter le danger qui menace les tiers, notamment le débiteur, lorsque l'obligation notariée à ordre est constatée par un acte rédigé en minute : il suffira de rédiger l'acte en brevet, sous forme d'un billet à ordre. Cette forme s'oppose à ce que la cession du droit hypothécaire s'opère en dehors du titre constitutif lui-même ; par l'endossement, c'est le titre hypothécaire unique qui passe aux mains des différents cessionnaires, de sorte que le créancier primitif,

complètement dessaisi, ne saurait plus être regardé comme le possesseur de la créance ni, par suite, jouir des avantages de cette fausse apparence. Aussi peut-on dire, avec M. Beudant, que « si l'extension de l'ordre aux créances civiles se généralise, ce qui est probable, il serait prudent de n'admettre la cession par endossement des obligations notariées qu'autant qu'elles seraient reçues en brevet ; l'article 20 de la loi de ventôse n'admet qu'exceptionnellement la rédaction en brevet, il faudrait qu'elle fût ici seule autorisée ». A notre humble avis, il serait encore préférable d'autoriser la rédaction de l'acte constitutif d'hypothèque par acte sous seing privé, comme on l'a fait pour l'hypothèque maritime.

221. Quoi qu'il en soit, il est dès à présent acquis en jurisprudence que l'hypothèque peut être constituée par acte reçu en brevet et que le titre peut revêtir la clause à ordre et devenir ainsi cessible par endossement. Est-ce à dire que le problème de la mobilisation des titres hypothécaires doive être désormais considéré comme résolu ? Oui et non. Oui, si l'on ne s'attache qu'à la simplicité et à la rapidité de la transmission. Non, en ce sens que les titres hypothécaires à ordre ne sauraient avoir, dans l'état actuel de notre législation, qu'une puissance de circulation assez limitée. Nous avons le mécanisme de la transmission, le véhicule, mais

ce qui nous manque, c'est un titre se suffisant à lui-même, un titre dont la seule lecture permette aux cessionnaires d'être fixés sur sa valeur intrinsèque. Dans les lettres de change, dans les billets à ordre ordinaires, où l'on ne considère que la solvabilité personnelle, chaque signature d'endosseur est une nouvelle garantie ajoutée aux précédentes : *vires acquirit eundo*. Au contraire, quand on place son argent sur hypothèque, et c'est le cas des cessionnaires du titre dont nous nous occupons, on prête à la chose et non à la personne ; dès lors, si l'on veut qu'un titre de cette nature soit facilement accepté, il faut que celui à qui il est offert puisse apprécier rapidement et sûrement la valeur du gage hypothécaire. Or, qui ne voit que c'est là un résultat qui ne saurait être obtenu en France tant qu'il existera dans notre droit des hypothèques occultes et générales? Il importerait également que le cessionnaire fût mis à même de vérifier immédiatement et avec certitude le droit de propriété du débiteur. En un mot, pour faire entrer dans la pratique la cession des titres hypothécaires par voie d'endossement, il est indispensable de fixer la propriété et les charges qui la grèvent. Plus l'assise sera solide et ferme, plus la circulation du titre hypothécaire sera active et féconde.

222. Ce n'est pas seulement la clause à ordre que la pratique a empruntée au droit commercial,

pour soustraire la transmission des titres hypothécaires aux formalités onéreuses et compliquées de l'article 1690 du Code civil : on a été jusqu'à imaginer de donner au contrat hypothécaire la forme d'un titre au porteur. En pareil cas, l'obligation est souscrite au profit de celui qui sera le porteur de la grosse exécutoire ou de l'original en brevet, et le droit se transmet, même à l'égard des tiers, par la simple remise ou tradition manuelle du titre qui le constate (Cf. art. 35, C. com.).

La légalité de ce procédé, qui est, paraît-il, assez fréquemment usité dans certaines localités, ne nous semble pas contestable. D'abord, il est hors de doute qu'une créance peut être stipulée payable au porteur, même en dehors des cas expressément prévus par la loi : cela résulte de motifs analogues à ceux que nous avons invoqués plus haut (nº 216) pour démontrer la validité de la clause à ordre dans les obligations civiles. Rien ne s'oppose, en second lieu, à ce qu'une obligation au porteur soit revêtue de la forme authentique.

Ce qui, au premier abord, paraît plus délicat, c'est la question de savoir si l'acte notarié d'obligation au porteur peut valablement renfermer la constitution d'une hypothèque. Une constitution d'hypothèque faite directement au profit d'une personne non dénommée n'est-elle pas inconciliable avec la disposition de l'article 2148 du Code civil,

qui prescrit d'insérer dans l'inscription la désignation individuelle du créancier, formalité encore possible lorsque l'acte constitutif est à ordre, au moins quant au nom du créancier à l'ordre duquel a été créée l'hypothèque, mais qui ne saurait évidemment être remplie lorsque cet acte est au porteur ? Telle est la principale raison de douter. Nous n'aurons pas de peine à l'écarter quand le moment sera venu de discuter la question, dont l'examen se rattache d'une façon directe, ainsi que nous l'avons dit par avance, à l'étude des conséquences de la non-intervention du créancier à l'acte constitutif d'hypothèque (V. *infrà*, nos 246 et 247). Qu'il nous suffise, quant à présent, de constater que la jurisprudence reconnaît sans difficulté la validité de l'hypothèque consentie dans un acte authentique d'obligation au porteur et, ce qui va de soi dès lors que l'on admet le premier point, la possibilité de transmettre cette hypothèque, comme l'obligation elle-même, par la simple remise du titre (Trib. civ. d'Angoulême, 24 décembre 1850, joint à Bordeaux, 18 mars 1852, *Sir.*, 52, 2, 321).

Il se peut aussi que le titre au porteur et l'acte constitutif d'hypothèque soient distincts, ainsi que cela se produit lorsqu'une société émet des obligations au porteur dont elle assure le paiement par une garantie hypothécaire qui doit profiter à tous

les souscripteurs de l'emprunt. Cette combinaison très-pratique, sur laquelle nous aurons plus loin l'occasion d'insister, est, comme la précédente, parfaitement admise en jurisprudence, et il a été maintes fois jugé que la cession manuelle de l'obligation emporte virtuellement celle de l'hypothèque, sans qu'il soit besoin de remplir, pour la transmission à l'égard des tiers, les formalités exigées par l'article 1690 du Code civil (V. *infrà* les décisions auxquelles nous renvoyons sous le n° 247).

223. Dans l'étude que nous venons de faire des titres hypothécaires à ordre et au porteur, nous avons surtout raisonné sur l'hypothèse d'une obligation négociable à laquelle serait attachée une hypothèque : c'est l'hypothèse pratique. Il peut très-bien arriver cependant que l'hypothèque soit directement constituée à ordre ou au porteur, abstraction faite de la nature de la créance garantie. Cette combinaison, sur la légalité de laquelle nous allons nous expliquer, a pour conséquence de rendre l'hypothèque rapidement et économiquement transmissible d'une créance à une autre; elle permet notamment au créancier à qui a été consentie l'hypothèque d'user de celle-ci comme d'un moyen de crédit en la cédant à son propre créancier.

224. Mais est-elle licite? Pour l'hypothèque ma-

ritime, nous avons un texte, l'article 12 de la loi du 18 juillet 1885, qui n'est que la reproduction du même article de la loi du 10 décembre 1874. On s'accorde à reconnaître que cet article, dont nous avons donné la teneur (V. *suprà*, nº 217 *in fine*), vise spécialement le cas d'une hypothèque maritime constituée à ordre, quelle que soit la nature de la créance à laquelle elle se rattache (1). Mais que décider pour les cas non prévus par cette disposition ? Peut-on constituer à ordre une hypothèque immobilière ? Est-il possible, d'autre part, de constituer au porteur une hypothèque soit terrestre, soit maritime ? Telles sont les questions que la loi ne résout pas.

Pour nous, au point où nous en sommes de nos développements, la solution de ces difficultés dépend uniquement de la question de savoir si l'on peut céder l'hypothèque sans céder en même temps la créance qu'elle garantit. Si oui, rien ne s'oppose, croyons-nous, à ce que l'acte constitutif d'hypothèque soit à ordre ou au porteur ; si, au contraire, la cession isolée de l'hypothèque n'est pas possible, nous ne voyons pas quelle serait la raison d'être d'une hypothèque directement constituée à ordre ou au porteur. Les autres objections que l'on pourrait faire contre la validité d'une semblable hypothèque sont les mêmes que celles que nous avons

(1) V. notam. M. de Valbroger, *Dr. marit.*, t. III, nº 1232.

réfutées à propos des obligations hypothécaires négociables. Nous n'avons donc pas à y revenir.

225. Se peut-il, nous demandons-nous, qu'un créancier hypothécaire, tout en conservant sa créance, consente à ce que l'hypothèque qui en est l'accessoire soit affectée à la sûreté de la créance d'un tiers ?

Des auteurs considérables se prononcent résolûment contre la validité d'une pareille opération. « La relation qui unit les privilèges et les hypothèques aux créances pour sûreté desquelles ils sont établis, est tellement intime, disent MM. Aubry et Rau (1), qu'il est juridiquement impossible de les en détacher pour les adjoindre à une autre créance, ou, en d'autres termes, d'en faire l'objet d'une véritable cession séparée, et indépendante de la transmission de ces créances mêmes. »

C'est là, croyons-nous, une erreur. De ce que l'hypothèque est un droit accessoire, il résulte qu'il ne peut pas y avoir d'hypothèque sans créance ; mais il ne s'ensuit nullement qu'une fois attachée à une créance, l'hypothèque ne puisse en être détachée et transportée à une autre. Nous n'allons pas, d'ailleurs, jusqu'à prétendre que, par l'effet de la cession, tout lien soit définitivement rompu entre l'hypothèque cédée et la créance qu'elle garantis-

(1) *Op. cit.*, t. III, § 288, p. 454, texte et note 2. — V. égal. M. Laurent, *op. cit.*, t. XXXI, nos 324 et s.

sait : l'hypothèque devient bien la garantie de la créance du cessionnaire, mais elle reste, aux mains de celui-ci, l'accessoire de la créance du cédant, en ce sens qu'elle lui demeure subordonnée quant à son étendue et à son existence. Le créancier ne saurait, en effet, aggraver la position du débiteur sans son assentiment (1) : il ne peut céder que ce qu'il a, c'est-à-dire l'hypothèque telle qu'elle lui a été conférée, *cum sua causa*.

Ainsi comprise, la transmission de l'hypothèque sans la créance nous semble être absolument inattaquable au point de vue des principes. Pourquoi, dès lors, du moment qu'il n'existe aucun article de loi la prohibant, ne serait-elle pas licite ? L'hypothèque, il ne faut pas l'oublier, est un droit purement pécuniaire, qui, comme tel, ne peut être mis hors du commerce sans un texte formel. Ainsi le veut le principe de la liberté des conventions.

Mais, dit-on, ce texte existe. L'article 775 du

(1) Pour la même raison, si le cessionnaire de l'hypothèque n'est pas de son propre chef créancier chirographaire du débiteur cédé, il va sans dire que le cédant verra sa créance s'éteindre par l'effet et jusqu'à concurence de la collocation qu'obtiendra son cessionnaire. On arrivera ainsi *pratiquement* au même résultat que s'il y avait eu cession de la créance, bien que *juridiquement* il n'y ait eu qu'une cession de l'hypothèque seule. Mais ce n'est là qu'un cas particulier, une pure coïncidence de fait, et notamment, lorsque le cessionnaire a une créance chirographaire sur le débiteur cédé, la collocation qu'il obtient ne saurait avoir pour effet d'épuiser d'autant la créance du cédant : celle-ci, d'hypothécaire qu'elle était, deviendra simplement chirographaire, dans la mesure de la somme touchée hypothécairement par le cessionnaire.

Code de procédure civile, en ordonnant que le montant de la collocation d'un créancier hypothécaire soit distribué comme chose mobilière entre ses propres créanciers, abolit l'ancienne pratique des sous-ordres et, par là, l'hypothèque de l'hypothèque. Or, n'est-ce pas ressusciter sous un autre nom cette pratique, que d'autoriser la cession isolée de l'hypothèque? Cette dernière opération ne se ramène-t-elle pas, en définitive, à l'hypothèque conventionnelle d'une hypothèque? La réponse est facile. Sans doute, l'article 775 prohibe, à tort peut-être (1), l'ouverture d'un sous-ordre; mais il faut remarquer que la cession de l'hypothèque n'aboutit nullement à cette conséquence : en effet, le cessionnaire ne se fait pas colloquer dans un ordre spécial qui serait ouvert sur le montant de la collocation attribuée au cédant dans l'ordre principal; il se fait colloquer directement dans cet ordre principal lui-même, ou, pour mieux dire, dans l'ordre unique, où il vient prendre la place et le rang du cédant. Que pratiquement on arrive ainsi à peu près au même résultat que par l'hypothèque de l'hypothèque, nous n'en disconvenons pas; l'article 775 se trouve tourné, si l'on veut, mais il n'est pas violé. C'est tout ce que nous voulions démontrer.

(1) Cf. M. Cauwès, *Cours d'économie politique*, t. I, nº 678.

L'objection tirée de l'article 775 du Code de procédure étant ainsi écartée, nous restons en présence du principe de la liberté des conventions, qui suffit à lui seul à justifier notre solution.

Il n'est pas, d'ailleurs, sans exemple dans nos lois, même en dehors de la loi sur l'hypothèque maritime, que l'hypothèque se trouve *ex post facto* affecté à la sûreté d'une créance autre que celle qui lui servait primitivement de support. Qu'on se reporte, en effet, à l'article 1278 du Code civil, et l'on verra que, dans l'hypothèse d'une novation, la loi permet expressément aux parties de rattacher les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance à celle qui lui est substituée. S'il en est ainsi dans un cas où la créance primitive disparaît, comment pourrait-il en être autrement lorsqu'elle subsiste?

N'avons-nous pas aussi et surtout l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, lequel, en soumettant à certaines conditions de forme et de publicité la cession de l'hypothèque légale de la femme mariée, reconnaît par là même que cette hypothèque peut être cédée abstraction faite de la créance qu'elle garantit? C'est un cas particulier, nous le voulons bien, mais, comme le dit excellemment M. Pont (*op. cit.*, n° 334), « l'induction qui se tire du texte n'en a pas moins une portée absolue. Car si la femme peut *céder* son hypothèque légale ou y *renoncer* en faveur d'un créancier, quelle apparence y a-t-il

que les autres titulaires d'une hypothèque ne le puissent pas faire également? Il faut dire, au contraire, qu'ils le peuvent à plus forte raison; le doute, s'il en devait exister, se produirait moins à leur égard qu'à l'égard de la femme qui, tenant son hypothèque d'une faveur toute spéciale de la loi, pouvait être considérée comme moins libre d'en disposer ».

La disposition de l'article 9 de la loi de 1855 aurait donc rendu, si elle ne l'avait été déjà, notre solution inattaquable, et l'on peut à bon droit s'étonner que la promulgation de cette loi n'ait pas fait cesser la controverse sur la validité de la cession de l'hypothèque détachée de la créance. Nier la légalité d'une opération qu'un texte de loi autorise formellement, n'est-ce pas, en effet, nier l'évidence? Nos adversaires ne s'y sont pas trompés, et, comprenant qu'il leur serait impossible de soutenir leur opinion, s'ils prenaient dans leur sens propre les expressions employées par le législateur de 1855, ils ont essayé de leur donner un autre sens. Les uns n'ont voulu voir, dans la cession dont parle l'article 9, qu'une sorte de *nantissement* qui, sans détacher l'hypothèque de la créance du cédant pour en investir le cessionnaire, autorise néanmoins ce dernier à exercer, dans la mesure de sa propre créance, les droits hypothécaires du cédant (V. notam. MM. Aubry et Rau, *op. et loc.*

cit., § 288, p. 458, texte et note 11 ; § 288 *bis*, texte n° 4, et notes 31 à 37). Pour les autres, la cession d'hypothèque prévue par la loi de 1855 n'est pas autre chose que la cession même de la créance à laquelle cette hypothèque est attachée (En ce sens, notam. M. Larombière, *op. cit.*, t. IV, sur l'art. 1250, n° 45).

Sans vouloir discuter ces divers points de vue, dont l'examen n'entre pas dans le cadre de notre sujet, nous ne pouvons pas ne pas constater qu'ils font assez bon marché des termes mêmes dont s'est servi le législateur de 1855. « Dans le cas où les femmes peuvent *céder leur hypothèque* légale... », dit l'article 9. Céder une hypothèque, ce n'est pas l'engager, la donner en nantissement, ce n'est pas non plus céder la créance qu'elle garantit. Si encore les rédacteurs de la loi de 1855 avaient employé une expression ambiguë, on comprendrait que les interprètes fussent en désaccord sur le sens qu'il convient de lui attribuer ; mais ce n'est pas le cas ici : le sens de l'expression « *céder leur hypothèque* » est des plus clairs. C'est, au surplus, le seul présumable quand il s'agit de l'hypothèque légale de la femme mariée, parce qu'alors, suivant la juste remarque de M. Colmet de Santerre (*op. cit.*, t. IX, n° 75 *bis* XV), « la créance de la femme est indéterminée dans son chiffre et incertaine dans son échéance, puisqu'elle apparaîtra seule-

ment dans la liquidation à faire à la dissolution du mariage ou de la communauté ; dès lors, ce n'est pas la créance elle-même qui peut être facilement cédée, force est bien d'arriver à la cession de l'hypothèque ».

Quoi qu'il en soit, du reste, des façons divergentes dont les auteurs apprécient la nature juridique de l'opération prévue par l'article 9 de la loi de 1855, elles ne sauraient porter la moindre atteinte à notre théorie qui, nous le répétons, a pour elle, dans le silence de la loi, la grande règle de la liberté des conventions. Tout créancier hypothécaire peut se servir de son hypothèque comme d'un moyen de crédit et la céder utilement à son propre créancier, voire même à un tiers, sans être obligé de céder en même temps sa créance : telle est la solution qui nous est dictée par les principes généraux du droit (1). Que maintenant on nous présente la cession isolée de l'hypothèque comme moins avantageuse pour le cessionnaire que la cession de la créance elle-même, nous n'y contredisons pas : il est bien certain, en effet, que le cessionnaire trouvera dans la cession de la créance

(1) V, notam., dans le même sens, MM. Valette, *op. cit.*, nº 128, pp. 210 et suiv. ; Beudant, *De la subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres.* Revue critique, 1866, pp. 30 et suiv., 210 et suiv. ; Pont, *op. et loc. cit.* ; Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*, nos 75 *bis* VI à 75 *bis* XVI; Championnière et Rigaud, *Traité des dr. d'enreg.*, t. II, nº 1135. — Bourges, 20 juillet 1832, *Sir.*, 33, 2, 626 ; Req. rej., 31 janvier 1883, *Sir.*, 84, 1, 321.

une sécurité beaucoup plus grande, « parce qu'avec un droit sur la créance, il aura acquis un droit sur l'hypothèque, et qu'en vertu des principes sur la cession... des créances, quand il aura rempli les formalités de l'article 1690..., il ne craindra plus que son droit soit anéanti par des causes d'extinction de la créance, survenues du chef de l'ancien créancier cédant » (M. Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*, n° 75 *bis* XIII). Mais ce n'est là qu'une considération de pur fait, qui ne peut avoir pour effet de modifier la solution de principe que nous avons admise ; et comme, en définitive, la cession de la créance ne permettrait pas au cessionnaire d'être colloqué cumulativement pour le montant de sa propre créance et pour celui de la créance de son cédant, on comprend que l'hypothèque de ce dernier, qui lui sert à donner à sa créance une cause de préférence, puisse lui paraître suffisante pour atteindre son but.

226. Ce point admis, il nous paraît difficile de refuser aux parties le droit de déterminer d'avance comme bon leur semble, le mode de cession de l'hypothèque convenue, et notamment de décider que celle-ci sera transmissible par endossement ou par la simple remise du titre constitutif. Qui pourrait s'en plaindre ? Ce n'est certes pas le créancier, à qui cette combinaison n'offre que des avantages et qui, d'ailleurs, était libre de ne pas la stipuler.

Ce n'est pas non plus le débiteur, auquel il est en principe indifférent d'être tenu hypothécairement envers tel ou tel créancier. Sont-ce les tiers ? Pas davantage. Lorsque l'hypothèque est directement constituée à ordre, comme au cas d'une obligation hypothécaire de même nature, une personne est désignée dans l'inscription, un domicile est élu, et toutes sommations, notifications sont valablement adressées à cette personne et à ce domicile. Il en est de même, ainsi que cela sera expliqué plus loin (n° 246), dans le cas d'une hypothèque constituée au porteur. Dira-t-on que l'hypothèque, droit réel, ne saurait être rendue négociable comme un droit de nature commerciale ? Nous répondrons que c'est la forme du titre et non le caractère du droit qui rend ce dernier transmissible de telle ou telle façon. Sans doute on peut être entraîné fort loin avec la doctrine de la transmissibilité de l'hypothèque par endossement ou par simple remise de titre ; mais où est le texte qui la condamne.

227. Une autre question qui, à la différence de celle de l'hypothèque constatée dans un acte reçu en brevet, ne méritait pas les honneurs d'une controverse, a été soulevée au commencement du siècle par Merlin et Grenier (1), c'est celle de

(1) Merlin, *Rép.*, v° Enregistrement, § 4, et v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 6, n° 4 ; Grenier, *op. cit.*, t. I, n° 17.

savoir si l'enregistrement de l'acte notarié, contenant une affectation hypothécaire, est exigé pour la validité de l'hypothèque. Ces auteurs soutiennent l'affirmative, en se fondant sur l'article 9 de la loi des 5-19 décembre 1790, sur l'organisation de l'enregistrement, lequel est ainsi conçu : « A défaut d'enregistrement dans les délais fixés, un acte, passé devant notaire, ne pourra valoir que comme acte sous seing privé. L'acte ayant reçu la formalité omise, acquerra la fixité de la date et l'hypothèque, à compter du jour de l'enregistrement. » En vain leur oppose-t-on que cette disposition a été abrogée par l'article 73 de la loi du 22 frimaire an VII, qui porte que « toutes les lois rendues sur les droits d'enregistrement, et toutes dispositions d'autres lois y relatives sont et demeurent abrogées pour l'avenir » ; Merlin répond que ce dernier texte n'a abrogé que les règles fiscales, et qu'il n'a nullement entendu porter atteinte aux dispositions concernant la formalité de l'enregistrement et ses effets juridiques. Une interprétation aussi restrictive de l'article 73 de la loi de frimaire, dont les termes sont absolus, est évidemment contraire à l'esprit général de cette loi, et il ne paraît pas admissible que ses rédacteurs aient voulu faire une dictinction de cette importance, sans indiquer autrement le fond de leur pensée (1).

(1) En ce sens, MM. Troplong, *op. cit.*, t. II. nº 507; Aubry et

Si une pareille question a pu se poser sous l'empire de la loi des 5-19 décembre 1790, c'est qu'alors l'enregistrement avait pour objet d'assurer l'existence et de constater la date des actes reçus par les notaires (art. 2 et 9). Mais la loi du 22 frimaire an VII est venue abroger toutes les lois rendues antérieurement sur l'enregistrement, et, sous la législation actuelle, les actes notariés ont date certaine indépendamment de leur enregistrement, qui n'est plus exigé que dans un but purement fiscal. C'est ce qui ressort jusqu'à l'évidence de l'article 33 de la loi nouvelle, qui n'établit d'autre sanction qu'une amende contre le notaire qui a négligé de faire enregistrer un acte par lui reçu, et de l'article 1er de la loi du 25 ventôse an XI, lequel dispose que : « les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et *pour en assurer la date*, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions. »

228. A la constitution d'hypothèque par acte notarié, la jurisprudence assimile la constitution par acte sous seing privé, lorsque cet acte a été reconnu devant notaire par les parties, ou lors-

Rau, *op. et loc. cit.*, § 266, p. 274, texte et note 47 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, nº 433. — Toulouse, 12 décembre 1835, *Sir.*, 36, 2, 432.

qu'il a été déposé par elles entre les mains d'un notaire, qui a dressé procès-verbal du dépôt. Il n'est même pas nécessaire, à cet effet, que le dépôt ait été l'œuvre simultanée du créancier et du constituant : il suffit que ce dernier seul y ait concouru. En d'autres termes, le fait même du dépôt, effectué par le constituant, soit en la présence, soit en l'absence du créancier, et régulièrement constaté par le notaire, est considéré comme donnant à l'acte privé force et valeur d'acte notarié, et, par suite, comme validant la constitution d'hypothèque contenue dans cet acte (1).

C'était déjà l'opinion de Pothier dans l'ancien droit : « Les actes sous signature privée, disait-il (*Traité de l'hypothèque*, n° 19), lorsqu'ils sont déposés chez un notaire, et reconnus par les parties qui les ont souscrits, produisent hypothèque du jour de l'acte de reconnaissance qu'en dresse le notaire ; car, quoique ces actes sous signature privée ne soient par eux-mêmes munis d'aucune autorité publique qui puisse produire l'hypothèque, ils le deviennent par l'acte de reconnaissance qui en est fait par-devant notaire. » Il suffit de se reporter à la discussion qui a eu lieu au Conseil d'État, sur l'article 2127, pour reconnaître que les légis-

(1) Civ. rej., 11 juillet 1815, *Sir.*, 15, 1, 336 ; Req. rej., 25 février 1824, *Dev. et Car.*, Coll. nouv., VII, 1, 403 ; Civ. rej., 15 février 1832, *Sir.*, 32, 1, 792 ; Douai, 24 août et 25 décembre 1852, *Jurisp.* de cette Cour, t. X, p. 405, et t. XI, p. 83.

lateurs de 1804 ont entendu admettre la même doctrine. En effet, M. Duchâtel demandait que l'on déclarât, par un paragraphe additionnel à l'article 2127, que les reconnaissances de signatures faites devant notaires emporteraient hypothèque, comme le décide l'article 2123 pour les reconnaissances de signatures par jugement. Mais cette proposition fut repoussée, par les observations les plus positives, comme inutile, en ce que l'article 2127, étendu à ses conséquences logiques, la comprenait implicitement (1), ce qui est vrai, d'ailleurs, car il ne manque à la convention d'hypothèque, constatée dans l'acte sous seing privé, que l'authenticité pour être valable ; or, cette authenticité, elle l'acquiert par l'acte de reconnaissance passé devant notaire ou par l'acte de dépôt, qui n'est en réalité qu'un acte tacite de reconnaissance. Seulement, pour répondre à la lettre de l'article 2127, il faut que le dépôt soit fait par celui-là même qui *consent* l'hypothèque, c'est-à-dire par le constituant ; ce n'est, en effet, qu'à la condition d'émaner du constituant que le consentement donné authentiquement au dépôt peut être considéré comme ayant été donné dans la même forme à la constitution d'hypothèque. Si donc l'acte privé constatant la convention d'hypothèque était déposé au rang des

(1) Locré, t. XVI, p. 254, nº 10 ; Fenet, t. XV, pp. 360 et suiv.

minutes d'un notaire par le créancier seul, sans le concours ou tout au moins une procuration du constituant, il n'acquerrait pas l'authenticité requise par l'article 2127 (Metz, 24 mars 1819, *Sir.*, 19, 2, 332), car il n'y aurait plus alors indentité entre le déposant et le constituant, et il ne serait plus, par suite, vrai de dire que l'hypothèque a été *consentie* par acte passé en forme authentique.

Cette solution de la jurisprudence est généralement admise par les auteurs (1). M. Colmet de Santerre la repousse, en se fondant sur ce que la loi exige que le constituant soit conseillé au moment même où il consent l'hypothèque (2). En admettant que cette prétendue exigence de la loi soit démontrée, on peut répondre au savant professeur qu'il est toujours loisible au notaire, avant de constater authentiquement le dépôt, d'éclairer le constituant sur la gravité et les conséquences de l'hypothèque qu'il a consentie. Sans doute, s'il arrive que, sur les conseils du notaire, le débiteur renonce à effectuer le dépôt, c'est-à-dire à revêtir son consentement de la forme authentique, il se trouvera dans la fâcheuse alternative ou de rembourser immédiatement le créancier ou de se voir

(1) V. notam. MM. Pont, *op. cit.*, n° 661 ; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 273, texte et notes 43 et 44 ; Larombière, *op. cit.*, t. V, sur l'art. 1317, n° 40.

(2) *Op. cit.*, t. IX, n° 94 *bis* IV. — Cf. Trib. Seine, 19 janvier 1886, *Le Droit*, 26 mars 1886.

condamner par un jugement entraînant hypothèque sur tous ses biens, ce qui aurait pu être évité, si le notaire l'avait assisté lors de la convention ; mais, si c'était là une raison péremptoire, on ne comprendrait pas que la simple promesse de constituer hypothèque ne fût pas assujettie, pour sa validité, à la forme notariée. Au surplus, la nécessité d'assurer la sincérité des signatures, que l'on présente d'ordinaire comme le principal des motifs qui ont fait décréter la solennité du contrat d'hypothèque, reçoit ici pleine et entière satisfaction, et on s'explique ainsi que la solution de la jurisprudence ait paru acceptable à la grande majorité des auteurs.

229. L'application des conditions d'authenticité requises par la loi, pour la validité du contrat d'hypothèque, ne saurait soulever de grandes difficultés quand le constituant et le créancier sont présents et concourent directement à l'acte passé devant le notaire. Mais il n'en est pas de même quand les deux parties, ou l'une d'elles, n'assistent pas à la constitution : plusieurs questions délicates peuvent alors surgir qui méritent que nous nous y arrêtions.

230. Supposons d'abord l'absence du constituant. Il peut, cela va sans dire, se faire représenter par un mandataire, l'acte d'hypothèque n'étant pas un

de ces actes solennels pour lesquels la loi impose aux parties la comparution en personne. C'est, d'ailleurs, ce qui résulte formellement de l'article 1988 du Code civil, aux termes duquel, « s'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès ».

231. Mais si la loi exige que le mandat d'hypothéquer soit exprès, elle omet de nous dire s'il doit être authenthique, comme doit l'être l'acte d'hypothèque lui-même. De là est née la question débattue et déjà ancienne de savoir si le constituant est valablement représenté par un mandataire porteur d'une simple procuration sous seing privé.

Au premier abord, la controverse ainsi soulevée se comprend peu. Du moment, en effet, que la loi n'a pas imposé de forme spéciale au mandat qui nous occupe, c'est apparemment qu'elle a entendu le laisser à cet égard sous l'empire de la règle générale. Or, cette règle générale est aussi large que possible : « Le mandat peut être donné, dit l'article 1985 du Code civil, ou par acte public, ou par écrit sous seing privé, même par lettre..... » En d'autres termes, pour conférer et constater un mandat, un écrit suffit, quelle que soit sa forme. Il s'ensuit que le mandataire muni d'un pareil titre justifie d'un pouvoir régulier, qui lui permet d'accomplir valablement, au nom du mandant, l'acte à

l'occasiou duquel le mandat est intervenu. Tel est le droit commun sur la forme du mandat : il doit être appliqué dans tous les cas où la loi n'a pas manifesté une volonté contraire, conséquemment dans l'hypothèse d'un mandat donné à l'effet de constituer une hypothèque.

Mais, dit-on, s'il est vrai que le législateur ne s'est pas expliqué d'une façon expresse sur la forme en laquelle il entend que la procuration à l'effet d'hypothéquer soit rédigée, on ne saurait cependant lui reprocher de n'avoir pas manifesté clairement, quoique implicitement, sa pensée sur ce point. Qu'on se reporte aux articles 36, 66 et 933 du Code civil, pour ne citer que ceux-là, et l'on verra que, dans tous les cas où il prévoit une procuration donnée à l'effet de figurer dans un acte pour la validité duquel l'authenticité est requise, le Code exige que la procuration soit passée en la même forme que l'acte lui-même. Que faut-il en conclure, sinon que, quand la loi prescrit l'authenticité pour un certain acte, elle veut que la procuration donnée pour faire cet acte soit également authentique ? N'est-ce pas là, d'ailleurs, une solution qui s'impose depuis la loi du 21 juin 1843 sur la forme des actes notariés, laquelle, dans son article 2, après avoir énuméré les actes pour lesquels est maintenue la nécessité de la présence réelle du notaire en second ou des deux témoins

instrumentaires, soumet à la même formalité les procurations pour consentir ces actes ?

Sans méconnaître la force de ce raisonnement, nous ne le croyons pas décisif. A notre sens, si constante que soit l'analogie qui existe, au point de vue de la forme, entre les divers actes pour lesquels le législateur exige une procuration authentique, elle ne saurait faire que l'authenticité, qui est l'exception en matière de mandat, devienne la règle dans tous les cas où l'acte à intervenir est un acte solennel. On ne doit pas oublier qu'il n'y a pas d'exception sans texte. Dans certaines hypothèses déterminées, notamment dans celles qui sont prévues par les articles 36, 66, 933 du Code civil et par l'article 2 de la loi du 21 juin 1843, la loi prend soin de nous dire qu'un mandat authentique est nécessaire ; mais elle ne dit rien de semblable pour la constitution d'hypothèque : voilà ce que nous constatons. N'est-ce pas, dès lors, violer la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis* que d'obliger le mandataire du constituant à présenter une procuration authentique au notaire chargé de rédiger l'acte d'hypothèque, n'est-ce pas se substituer au législateur que de soumettre l'exercice d'un droit à des conditions qu'il n'a pas requises ?

Le système qui exige l'authenticité du mandat trouve, selon nous, un point d'appui plus résistant

dans l'article 2127 du Code civil. Cet article, que nous connaissons, en demandant expressément que l'hypothèque conventionnelle soit *consentie* par acte passé en forme authentique, semble bien indiquer qu'aux yeux de la loi, la volonté de constituer hypothèque n'est valablement exprimée qu'autant qu'elle est manifestée par acte authentique. Or, au cas de constitution par mandataire, c'est le mandat même, et non l'acte constitutif, qui renferme cette volonté ; il s'ensuit apparemment que, pour répondre au texte de la loi, la procuration doit être authentique (1).

Certes, cet argument n'est pas resté sans réplique. Le mandat et l'acte constitutif d'hypothèque, a-t-on répondu avec juste raison, sont deux actes tout à fait distincts, ayant chacun une individualité propre et une forme réglementaire spéciale : le premier ne fait qu'un mandataire, et n'est dès lors soumis qu'aux conditions requises par l'article 1985 pour faire un mandataire; c'est le second seul qui donne naissance à l'hypothèque, c'est donc lui seul qui doit être passé en forme authentique. Et comme, par l'effet du mandat qu'il

(1) En ce sens, Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 6; MM. Pont, *op. cit.*, n^os^ 470 et 657 ; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 274, texte et note 49 ; Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*, n° 94 *bis* V ; Thézard, *op. cit.*, n° 58-2°. — V. égal. Coin-Delisle, *Gazette des Tribunaux*, 10 février 1855 ; Merville, *Revue pratique*, 1856, t. II, pp. 97 et s.

a reçu, le mandataire est en définitive la partie qui joue au contrat le rôle de constituant, qui consent l'hypothèque au créancier, la constatation de son consentement dans l'acte constitutif suffit pour satisfaire à la lettre de l'article 2127, sans qu'il soit aucunement besoin de l'obliger à produire une procuration authentique (1).

Mais cette manière de voir, qui fut d'abord celle de la Cour de Cassation (2), n'a pas prévalu. Dès 1854, la Cour suprême, revenant sur sa première opinion, déclarait que les deux actes constitutifs du mandat et de l'hypothèque forment ensemble un tout indivisible, soumis aux mêmes conditions, et exigeait en conséquence qu'ils fussent revêtus l'un et l'autre du même caractère d'authenticité (Civ. rej., 7 février 1854, *Sir.*, 54, 1, 322); et, depuis lors, cette jurisprudence s'est affirmée de plus en plus, à tel point qu'elle peut être aujourd'hui considérée comme définitive (3).

Le motif fondamental des arrêts, celui dont ils font découler directement la solennité du mandat, c'est la nécessité de donner satisfaction aux deux

(1) En ce sens, Troplong, *op. cit.*, t. II, nº 510 ; Marcadé, *Revue critique*, 1852, t. II, p. 199 ; Pascaud, *Revue critique*, 1882, p. 157.

(2) Req. rej., 27 mai 1819, *Sir.*, 19, 1, 324 ; Req. rej., 5 juillet 1827, *Sir.*, 28, 1, 105.

(3) V. notam. Civ. cass., 12 novembre 1855, *Sir.*, 56, 1, 254 ; Req. rej., 19 janvier 1864, *Sir.*, 64, 1, 221 ; Req. rej., 15 novembre 1880, *Sir.*, 81, 1, 253 ; Req. rej., 27 juin 1881, *Sir.* 81, 1, 441 ; Civ. cass., 29 juin 1881, *Sir.*, 83, 1, 218 ; Civ. cass., 23 décembre 1885, *Sir.*, 86, 1, 145 ; Req. rej., 24 mai 1886, *Sir.*, 86, 1, 247.

raisons principales pour lesquelles, suivant l'opinion commune, l'article 2127 prescrit la solennité de la constitution d'hypothèque. La loi, disent-ils en substance, a voulu assurer, par les conseils éclairés d'un officier ministériel, l'indépendance et la clairvoyance de celui qui hypothèque ses biens; or, si le mandat d'hypothéquer pouvait être donné par acte sous seing privé, ce but ne serait pas atteint : c'est, en effet, dans la procuration que le constituant donne son consentement; c'est donc au moment où cet acte intervient que la mesure protectrice édictée par la loi doit être appliquée. Le législateur s'est en outre proposé, ajoutent quelques arrêts, de prévenir les méconnaissances d'écriture et les difficultés ultérieures qu'aurait pu provoquer un acte sous seing privé; ce motif conduit, aussi nécessairement que le premier, à exiger l'authenticité du mandat, la vérification d'écriture de la procuration pouvant occasionner les mêmes inconvénients que celle de l'acte constitutif.

Nous pourrions refaire ici le procès de l'authenticité et reprocher aux tribunaux de sacrifier les véritables besoins du crédit à la poursuite de résultats dont le législateur ne s'est nullement préoccupé (1). Mais ce serait peine perdue. La jurisprudence que nous venons d'exposer est aujourd'hui si fermement établie, qu'elle ne saurait plus

(1) V. *suprà*, nos 58 et 62.

être ébranlée par aucun argument de droit ni aucune considération économique. L'intervention d'une disposition législative pourrait seule la faire changer (1).

Les tribunaux belges tranchent la question dans le même sens que les nôtres ; mais ils ont, pour justifier leur solution, un motif qui fait sensiblement défaut à ceux-ci : la loi du 16 décembre 1851, dans son article 76, exige formellement que les procurations à l'effet de constituer hypothèque soient passées dans la même forme que l'acte constitutif lui-même.

232. Ainsi qu'on peut le remarquer en se reportant aux arrêts auxquels nous renvoyons plus haut, c'est principalement à propos d'hypothèques consenties au nom de sociétés commerciales que les tribunaux français ont eu, dans ces dernières années, l'occasion de faire l'application de leur doctrine sur l'authenticité de la procuration à

(1) Par un arrêté en date du 2 février 1884, le Grand Conseil du Canton de Berne, afin de donner une interprétation législative à l'article 2127 du Code civil français en vigueur dans une partie du Canton, a décidé que le mandat de constituer une hypothèque conventionnelle pouvait être conféré valablement par acte sous seing privé. V. *Annuaire de Législ. étrangère*, 1885, p. 564.

L'article 14 de la loi du 24 mai 1887, complétant celle du 20 mai 1885 sur l'aliénation des immeubles et la constitution des hypothèques dans les pays de droit rhénan, porte que « les procurations à l'effet de... constituer une hypothèque... peuvent être données par acte sous seing privé, légalisé en justice ou par-devant notaire ». V. *Annuaire de Législ. étrangère*, 1888, p. 331, traduction de M. J. Challamel.

l'effet d'hypothéquer. Les questions qu'ils ont ainsi résolues sont, en raison de l'extension prodigieuse et sans cesse grandissante que prennent aujourd'hui les sociétés commerciales, d'une importance pratique considerable, et nous devons leur consacrer quelques développements.

Elles peuvent être classées en deux groupes bien distincts, suivant que la personne qui figure dans l'acte constitutif d'hypothèque, au nom de la société, tient directement son pouvoir des statuts sociaux, plus généralement d'un acte statutaire quelconque, ou qu'elle agit, dans le silence des statuts, en vertu d'une décision prise, à l'occasion d'une affaire spéciale, par une assemblée d'associés ayant qualité à cet effet.

233. Dans ce dernier cas, la société, au lieu de procéder elle-même, par ses membres réunis ou par celui ou ceux d'entre eux auxquels les statuts le permettent, à la constitution de l'hypothèque, se fait représenter par un mandataire, comme le ferait un simple particulier. La jurisprudence devait donc, pour rester dans la logique de sa doctrine, exiger que ce mandataire fût muni d'une procuration authentique. Et de fait, la Cour de Paris, par un arrêt du 5 juillet 1877 (1), a jugé que la délibération de l'assemblée générale des

(1) *Sir.*, 77, 2, 295. — V. égal. Trib. civ. Provins, 30 juillet 1885, *Le Droit*, 11 décembre 1885 ; Trib. civ. Seine, 5 août 1885, *Rev. du Not. et de l'Enreg.*, 1885, p. 828.

actionnaires qui confère aux administrateurs d'une société anonyme, dont les statuts sont muets à cet égard, le pouvoir de consentir une hypothèque sur un immeuble social doit, à peine de nullité de l'hypothèque, être constatée par acte notarié. Un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation, rendu à la date du 27 juin 1881 (*Sir.*, 81, 1, 441, précité), a appliqué le même principe à la délibération du conseil d'administration d'une société anonyme, par laquelle ce conseil, investi par les statuts du pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux, délègue un de ses membres pour consentir l'hypothèque. Deux jours après, le 29 juin, la Chambre civile (*Sir.*, 83, 1, 218, précité) persistait dans cette voie.

Antérieurement à ces deux arrêts, la même Cour (1) avait jugé que le gérant d'une société en commandite, non autorisée par les statuts à hypothéquer les immeubles sociaux, ne peut souscrire une obligation hypothécaire au nom de la société, en vertu d'un pouvoir exprès et spécial à lui conféré par une délibération de l'assemblée générale des associés, que si cette délibération a été constatée par acte notarié. C'était là encore une solution inévitable, car, dans les circonstances de la cause, la situation du gérant, qui avait eu besoin, pour

(1) Req. rej., 15 novembre 1880, *Sir.*, 81, 1, 253, précité. — V. égal. Amiens, 24 février 1880, *Sir.*, 82, 2, 198.

consentir l'hypothèque, d'un pouvoir exprès et spécial, n'était autre évidemment que celle d'un mandataire ordinaire (V. *suprà*, n° 139).

234. Mais la question est plus délicate, lorsque l'administrateur, s'il s'agit d'une société anonyme, ou le gérant, s'il s'agit d'une société en commandite, tient directement des statuts constitutifs de la société le pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux.

« Les sociétés commerciales, dit M. Rataud, (*Revue critique*, 1882, p. 209), constituent des personnalités juridiques organisées par la loi. Quand les gérants ou les administrateurs agissent en vertu des statuts, ce ne sont pas des tiers qui interviennent pour la société. C'est la société elle-même qui agit par ses seuls organes légaux. » Ainsi, d'après l'éminent professeur, le gérant ou l'administrateur, qui souscrit une obligation hypothécaire au nom de la société, ne devrait pas être assimilé à un mandataire lorsqu'il tient son pouvoir des statuts sociaux.

Appliquée à l'administration d'une société anonyme, cette manière de voir nous paraît difficilement conciliable avec l'expression dont le législateur s'est servi, pour le désigner, dans l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867. « Les sociétés anonymes, dit en effet cet article, sont administrées par un ou plusieurs *mandataires* à temps,

révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés. — Ces *mandataires* peuvent choisir parmi eux un directeur, ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle (V. égal. les art. 31 et 32 du Code de commerce).

Quant au gérant d'une société en commandite, nous comprenons qu'au premier abord, alors qu'il se meut dans la sphère de ses attributions statutaires, on puisse hésiter à voir en lui un mandataire proprement dit. C'est qu'en effet, dans les relations extérieures de la société, le gérant agit comme s'il était la société ; il ne signe pas par procuration, comme le ferait un mandataire, comme le fait notamment l'administrateur d'une société anonyme : il se sert de la signature sociale comme de sa propre signature, et, ce faisant, il s'oblige personnellement en même temps qu'il oblige la société, ce qui n'est pas le cas du mandataire, qui oblige son mandant sans s'obliger lui-même. « Vis-à-vis des tiers, a écrit M. Pont (*Soc. civ. et comm.*, t. II, n° 1440), le gérant de la société en commandite n'est pas seulement un mandataire ; il est la personnification même de la société ; il en est le représentant légal, et, on peut le dire, il est la société elle-même. »

Mais, si l'on va au fond des choses, l'hésitation ne se conçoit plus. Le gérant n'a pas que des rap-

ports avec les tiers : il en a aussi, et de fort importants, avec ses co-associés. Or, à ce point de vue, sa qualité de mandataire saute aux yeux. Comprendrait-on, en effet, qu'il pût, en s'obligeant sous la raison sociale, obliger également ses co-associés, si ceux-ci ne lui en avaient donné préalablement le droit ? Évidemment non. Ses pouvoirs statutaires sont donc, au moins pour partie, ceux d'un mandataire. Simple mandataire dans ses rapports avec les associés, et par suite dans ses rapports avec la société elle-même, il ne peut cesser de l'être dans ses rapports avec les tiers, alors surtout qu'il fait un acte qui, comme l'hypothèque, dépasse les bornes de la vie normale d'une société, un acte qu'il n'aurait pas eu le droit de faire, si les statuts sociaux ne le lui avaient expressément permis (V. *suprà*, nº 139). C'est ce qu'a fait observer, avec beaucoup d'exactitude et en termes excellents, M. l'avocat général Desjardins, dans les débats qui ont précédé l'intéressant arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de Cassation, à la date du 23 décembre 1885 (1). En admettant, disait l'éloquent avocat général, pour repousser la thèse du gérant non mandataire, invoquée par le pourvoi, « en admettant, par hypothèse, qu'il en soit ainsi quand le gérant exerce

(1) *Dall.*, 86, 1, 97, et *Sir.*, 86, 1, 145, avec une note de M. Labbé. — Cf. une autre note de M. Labbé sous *Sir.*, 81, 1, 441.

ses attributions naturelles, celles que son titre implique et qui sont inséparables, au moins dans le silence des statuts, de la gérance elle-même, tout ce raisonnement est inapplicable au pouvoir d'hypothéquer. Celui-ci, le gérant ne l'a pas trouvé dans son bureau. Il l'a quand on le lui donne, jusqu'où on le lui donne, et le perd quand on le lui ôte. Ce pouvoir, que la loi ne lui confère ni explicitement, ni implicitement, il le tient nécessairement et exclusivement de la convention. Or, qu'est-ce qu'une convention par laquelle un être collectif charge un individu d'une opération juridique, telle qu'un acte d'aliénation ou de constitution d'hypothèque, si ce n'est un mandat ? »

Nous ne faisons donc, au point de vue où nous nous plaçons, aucune différence entre le gérant d'une société en commandite et l'administrateur d'une société anonyme, pas plus que nous n'en faisons entre le cas où ils agissent en vertu des statuts et celui où ils agissent en exécution de décisions spéciales prises par les assemblées ou les conseils de la société : dans ces deux cas, ils sont l'un et l'autre, lorsqu'ils consentent une hypothèque sur un immeuble social, de véritables mandataires de la société.

235. Cette doctrine est celle de la Cour de Cassation. Elle se trouve nettement formulée dans l'arrêt auquel nous renvoyons. Une hypothèque a été

consentie sur les immeubles sociaux, en vertu d'une clause statutaire, par le gérant d'une société en commandite. La Cour décide que cette clause constitue un mandat à l'effet d'hypothéquer, — et elle en déduit cette conséquence que les statuts qui, en principe, suivent une règle générale posée par la loi civile et reproduite par la loi commerciale (Art. 1834, C. civ. ; art. 39, C. com.; art. 1 et 21, loi du 24 juillet 1867), peuvent être valablement constatés par un acte sous signatures privées, doivent, dans cette hypothèse, en raison de la clause hypothécaire qu'ils contiennent, être revêtus de la forme notariée.

Étant donnée sa jurisprudence sur la forme de la procuration pour consentir une hypothèque, la Cour suprême ne pouvait, semble-t-il, sans se déjuger, consacrer une solution différente. Telle est, du moins, l'idée qu'exprimait dans ses conclusions M. l'avocat général Desjardins. Il est même permis de penser que, si la solution adoptée par la Chambre civile ne lui avait pas semblé, dans l'état de la jurisprudence, commandée par la logique, l'honorable organe du ministère public ne l'aurait pas proposée; il semble, en effet, que ce soit à regret qu'il ait conclu dans le sens de l'authenticité des statuts : « Je ne me dissimule, disait-il en terminant, aucun des inconvénients qu'entraînerait l'adoption de cette thèse juridique. Il faudra plus

souvent recourir aux notaires, et cette intervention sera, je le crois, onéreuse aux sociétés. Puis, comme on n'avait pas calculé la portée de vos arrêts de 1854, de 1855, de 1864, beaucoup d'emprunts hypothécaires ont été contractés irrégulièrement ; un certain nombre de prêteurs devront renouveler leurs contrats et seront primés par des créanciers qu'ils devaient primer. Ces inconvénients l'emportent peut-être sur les avantages qu'offrira, dans la rédaction des actes statutaires, l'intervention d'un officier public, prémunissant les associés contre les illusions et contre l'excès de leur propre confiance (1). La Cour peut assurément, par un sentiment supérieur de son rôle et de certaines exigences sociales, se dégager des principes qu'elle-même a posés. Quant à l'organe du ministère public, il se croit tenu, par respect pour votre jurisprudence, de rester dans la logique de cette jurisprudence, et il y reste. »

Nous croyons cependant, contrairement à M. l'avocat général Desjardins, que, dans la cause qui lui était soumise, la Cour de Cassation pouvait, sans se mettre en contradiction avec elle-même, ne pas exi-

(1) Était-ce bien ici le cas d'invoquer cette considération ? En admettant que la protection et les conseils d'un notaire puissent être parfois utiles au débiteur qui veut hypothéquer ses biens, ce n'est pas à coup sûr quand ce débiteur est une société par actions. « Les hommes d'affaires, dit M. Labbé dans sa note sur l'arrêt en question, les capitalistes qui font des sociétés par actions, sont en général des hommes expérimentés dont l'habileté, quelquefois trop grande, n'a pas besoin des lumières d'un officier public. »

ger l'authenticité de l'acte statutaire autorisant le gérant à hypothéquer les immeubles sociaux. Il ne s'agissait pas, en effet, comme dans les espèces précitées, d'une procuration indépendante, donnée spécialement à l'occasion d'une affaire, ou, pour mieux dire, d'un acte de mandat rédigé isolément, en dehors de l'acte constitutif de la société. L'autorisation de contracter des emprunts hypothécaires était comprise dans l'ensemble des pouvoirs conférés par les statuts au gérant pour assurer la vie sociale ; elle formait une partie, une clause de l'acte consacrant l'existence et réglant le fontionnement de la société. Or, c'est là un acte qui peut, d'après la loi, être rédigé sous signatures privées. Toute convention qui y trouve naturellement sa place, et c'est le cas du mandat dont nous parlons, doit donc, quelles que soient les conditions de forme qui lui sont propres, être valablement constatée de la même manière. Décider le contraire, c'est, à notre avis, ajouter aux prescriptions de la loi (1).

Il ne faut pas perdre de vue, au surplus, que les sociétés sont fondées dans le but de réaliser des opérations commerciales, industrielles ou autres, de nature à procurer aux associés des bénéfices,

(1) V., en notre sens, M. Rataud, qui n'admet pas, d'ailleurs, que le pouvoir conféré par les statuts au gérant constitue un mandat proprement dit, et M. Labbé, dans les dissertations auxquelles nous avons renvoyé plus haut.

et non dans celui de contracter des emprunts hypothécaires. L'emprunt n'est jamais qu'un fait accidentel dans la vie d'une société. Les statuts en prévoient l'éventualité et donnent en conséquence des pouvoirs spéciaux à l'administrateur ou au gérant. Rien de mieux. Mais cette circonstance a-t-elle pour effet de changer la nature, l'objet, le mode d'action de la société, tels qu'ils sont déterminés par les statuts? Nullement. Comment, dès lors, pourrait-elle réagir sur la société elle-même au point de modifier les conditions légales de sa constitution ?

Pour combattre ce raisonnement, qu'on n'avait pas manqué de développer devant la Cour, M. l'avocat général Desjardins n'a pas, à notre sens, fourni des arguments aussi péremptoires que ceux à l'aide desquels il a démontré que le gérant de la société en commandite est un véritable mandataire. « C'est à tort, a-t-il dit, qu'on représente l'acte statutaire comme un tout indivisible, et telle clause, même accidentelle, de l'acte, comme une partie intégrante de ce tout. Comment justifier cette prétendue indivisibilité ? Comment une clause serait-elle une partie intégrante des statuts, quand on peut indifféremment l'y souder ou l'en détacher? Est-ce que les statuts ne peuvent pas contenir les opérations juridiques les plus complexes et les plus distinctes ? Ne peut-on pas y in-

sérer, à la rigueur, même des actes à titre gratuit?

Il faudrait au moins que la convention se rattachât à l'acte de société comme la conséquence au principe. Quand elle n'est ni de l'essence ni même de la nature de l'acte initial, il faut nécessairement l'envisager en elle-même. Cette considération est décisive. Telle clause, qui, envisagée dans sa nature intrinsèque, constitue un mandat, ne perd pas ce caractère parce qu'elle est accidentellement insérée dans un acte statutaire. »

Nous sommes d'accord avec M. Desjardins sur plusieurs points. Ainsi nous admettons très-bien avec lui que la clause donnant à l'administrateur ou au gérant le droit de contracter des emprunts hypothécaires au nom de la société ne cesse pas d'être un mandat parce qu'elle se trouve insérée dans les statuts. Nous reconnaissons également qu'il n'est nullement indispensable à la constitution et au fonctionnement d'une société que ses représentants soient investis du pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux. C'est même là une circonstance que nous avons fait valoir à l'appui de notre thèse. Mais nous nous refusons à admettre que la clause en question ne forme pas une partie intégrante des statuts. Une partie intégrante d'un tout n'en est pas nécessairement une partie essentielle. Les peintures, les glaces d'un appartement en sont des parties intégrantes, et non

des parties essentielles. Dira-t-on que la couverture d'un livre en est une partie essentielle? Évidemment non. On ne saurait nier cependant qu'elle constitue une partie intégrante du livre. Il en est de même de la clause que nous examinons. Une société peut fort bien exister et fonctionner sans que ses administrateurs aient le droit de l'obliger hypothécairement. L'emprunt, nous le répétons, n'est qu'un accident dans la vie d'une société. Cependant, en certaines circonstances, il peut être utile d'y recourir, pour assurer le bon fonctionnement de la machine sociale, comme il peut être utile de faire relier un livre, pour l'empêcher de se détériorer. La clause statutaire qui pare à cette éventualité, en conférant par avance aux administrateurs le pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux, se rattache donc aux statuts, sinon comme la conséquence au principe, du moins comme l'accessoire au principe ; elle contribue, pour sa part, à l'intégrité du tout social, tel que les associés l'ont organisé ; elle est, en un mot, une partie intégrante de l'acte constitutif de la société. Elle doit donc, en concluons-nous, pouvoir être constatée en la même forme (1).

(1) Par l'expression *parties intégrantes*, dit M. Labbé, dans la savante note qu'il a consacrée à l'arrêt de 1885, nous désignons « non pas seulement les parties essentielles, les clauses qui, dérogeant au droit commun, introduisent des particularités dans la gestion et modifient, pour les étendre ou les restreindre, les pou-

236. Mais, dit M. l'avocat général Desjardins, « une constitution d'hypothèque pourrait être faite directement dans les statuts. Est-ce qu'elle pourrait être faite sous signatures privées, au mépris de l'article 2127, par la seule vertu de l'acte statutaire? Personne, si je ne me trompe, ne le soutiendra. »

La question n'a jamais été discutée, que nous sachions. Peut-être est-elle délicate à certains égard, mais, à première vue, dans l'ordre d'idées où nous nous trouvons, l'affirmative ne nous effraie pas, à la condition toutefois que la clause constitutive d'hypothèque soit réellement une dépendance naturelle, une partie intégrante des statuts. En affranchissant de l'intervention onéreuse du notaire la formation des sociétés, même des sociétés les plus complexes, le législateur semble bien avoir voulu faire participer à cette immunité toutes les conventions qui trouvent essentiellement ou naturellement leur place dans le pacte social. Ne peut-on pas dire que l'article 1834 du Code civil, l'article 39 du Code de commerce, les articles 1 et 21 de la loi du 24 juillet 1867, consacrent implicitement, chacun en ce qui le concerne, et sous la condition sus-énoncée, une dérogation aux dis-

voirs des administrateurs. Ce sont les dépendances naturelles des statuts. Ces dispositions ne sont pas nécessaires ; mais elles sont licites, et si elles sont voulues, elles doivent trouver place parmi les statuts sociaux ».

positions légales qui assujettissent à la forme notariée certaines conventions ?

Un arrêt validant une convention d'hypothèque constatée dans un acte constitutif de société sous seings privés, par ce motif qu'elle se combine accessoirement avec la convention de société elle-même, serait, à coup sûr, plus facile à justifier en droit que cette jurisprudence, manifestement contraire à la loi, mais bien arrêtée, qui, au mépris de l'article 931 du Code civil, n'hésite pas à valider les donations déguisées sous le voile de contrats à titre onéreux, s'il n'existe, d'ailleurs, aucune cause d'incapacité spéciale entre le donateur et le donataire (1). La combinaison que nous supposons ne se présente pas, comme celle de la donation déguisée, avec le caractère d'un simulacre, disons le mot, d'un mensonge employé dans l'intention d'échapper aux prescriptions de la loi. Elle est bien ce qu'elle paraît être, elle se montre au grand jour, sous son véritable aspect. L'hypothèse n'est pas différente de celle d'une donation qui serait rattachée comme accessoire à un contrat principal à titre onéreux, sérieusement existant. Or, c'est là une opération que l'article 1973 du Code civil, pour le cas particulier d'une rente viagère consti-

(1) V. notam. Req. rej., 25 juillet 1876, *Sir.*, 78, 1, 291 ; Aix, 10 mars 1880, Sir,, 81, 2, 49, avec une note de M. Labbé ; Civ. rej., 2 avril 1884, *Sir.*, 86, 1, 121 ; Civ. cass., 24 décembre 1884, *Sir.*, 87, 1, 307.

tuée au profit d'un tiers comme condition d'un contrat à titre onéreux que le constituant fait pour lui-même, déclare expressément ne pas être assujettie aux formes requises pour les donations. L'article 1973 n'est, au surplus, qu'une application de l'article 1121, d'où il ressort nettement, quoique implicitement, que la libéralité, faite au profit d'un tiers comme condition d'un contrat à titre onéreux que l'on fait pour soi-même, ne requiert pas, au point de vue de la forme, d'autres conditions de validité que celles du contrat dont elle est l'accessoire.

N'arrive-t-il pas fréquemment qu'un vendeur accepte, par pur esprit de libéralité, des conditions très-onéreuses pour lui et, à l'inverse, très-avantageuses pour l'acheteur? Tout le monde s'accorde à admettre que la donation, ainsi combinée accessoirement avec une vente, est dispensée des formes prescrites pour les libéralités. Dépendance naturelle d'un acte pour la validité duquel la loi n'exige aucune forme particulière, la donation bénéficie de la même immunité.

La loi du 21 juin 1843, sur la forme des actes notariés, assujettit quelques actes, notamment ceux contenant donation entre-vifs, à la présence réelle du notaire en second ou des deux témoins instrumentaires (art. 2); elle en affranchit le contrat de mariage, lequel n'est pas compris dans

l'énumération de l'article 2. La jurisprudence décide et les auteurs enseignent que, si le contrat de mariage contient une donation, la présence réelle du notaire en second ou des deux témoins instrumentaires, qui n'est pas requise pour la validité du contrat de mariage, ne l'est pas davantage pour celle de la donation, qui en est devenue une partie accessoire et dépendante (1).

Avec M. Labbé, qui a particulièrement insisté sur cette question dans la note qui accompagne l'arrêt de 1885 au recueil de Sirey, nous pensons qu'on pourrait généraliser ces dispositions légales, ces décisions de jurisprudence, et poser en règle que : la forme d'un acte renfermant « des clauses de diverse nature, quoique naturellement rapprochées », est déterminée par le caractère de la clause principale et dominante.

237. Quoi qu'il en soit de cette doctrine, la Cour de Cassation n'a pas cru devoir l'appliquer au cas spécial que nous examinons. Au lieu d'assimiler le contenu au contenant, elle a assimilé le contenant au contenu, et, comme elle n'a vu dans l'acte social qu'une procuration à l'effet d'hypothéquer, elle a exigé, conformément à sa jurisprudence, l'authenticité de cet acte.

(1) V. notam. Lyon, 1er juin 1883, *Sir.*, 84, 2, 153. — MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 503, texte et note 7 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*; t. VI, nº 11 bis III.

Une fois engagée dans cette voie, la seule légale à ses yeux, la Cour suprême n'avait plus, semble-t-il, pour rester d'accord avec la loi, qu'à la suivre jusqu'au bout. Un principe légal ne saurait, en effet, aboutir à des conséquences illégales. C'était là, du reste, ce qu'avait fait l'arrêt de la Cour de Douai du 20 décembre 1883, contre lequel était dirigé le pourvoi. Une délibération statutaire, réservant au gérant le droit d'hypothéquer les immeubles sociaux, avait été constatée en la forme notariée ; mais, des soixante-et-un actionnaires dont se composait la société, dix-sept seulement, réunissant 123/330es de l'avoir social, avaient comparu par eux-mêmes ou par mandataires porteurs de procurations authentiques ; les quarante-quatre autres, ayant ensemble 207/330es, avaient été représentés par des mandataires munis de procurations sous seings privés. En un mot, le pouvoir d'hypothéquer était authentique, mais le mandat donné à l'effet de conférer ce pouvoir ne l'était que partiellement. La Cour d'appel, par une extension logique du raisonnement dont la jurisprudence fait découler la solennité du mandat d'hypothéquer, avait pensé que le principe de l'hypothèque résidait pour partie dans le consentement de chacun des associés autorisant, directement ou par mandataire, l'affectation hypothécaire des immeubles sociaux, et, en conséquence,

comme d'autre part elle admettait, elle aussi, qu'en raison de la cause hypothécaire qu'il contenait, l'acte statutaire devait être constaté par acte authentique, elle avait décidé que le consentement de chaque associé à cet acte devait être produit en la même forme. D'après cette manière de voir, le gérant n'avait pu régulièrement hypothéquer les immeubles de la société que jusqu'à concurrence de la part indivise dans l'avoir social des actionnaires qui avaient personnellement comparu à l'acte statutaire ou qui y avaient été représentés en vertu de mandats authentiques, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de 123/330es; pour le reste, l'hypothèque était entachée de nullité. Toutefois, comme en droit il ne saurait appartenir à quelques-uns d'entre les membres d'une société de commerce d'hypothéquer leur part indivise dans les immeubles sociaux (V. *suprà*, n° 116), comme, d'ailleurs, il ressortait clairement des circonstances de la cause, et des termes de l'acte de société, que chacun des associés avait entendu subordonner la constitution d'une hypothèque sur sa part indivise dans les immeubles sociaux « à la condition substantielle que toutes les parts seraient, sans exception aucune, frappées d'une seule et même affectation hypothécaire » (motifs de l'arrêt), la Cour avait décidé qu'en l'espèce la nullité partielle devait entraîner la nullité totale.

Étant donné le point de départ admis par la Cour de Douai, c'était là, on ne saurait le nier, un raisonnement d'une logique irréprochable. Mais, au point de vue pratique, la solution qui en découlait ne laissait pas que d'être fort regrettable, en raison des dangers dont elle menaçait le passé et des inconvénients qu'elle présageait pour l'avenir. D'abord, elle établissait un précédent de nature à susciter bien des procès et à ébranler bien des situations ; car, parmi les emprunts hypothécaires antérieurement contractés par les gérants ou administrateurs des sociétés commerciales, s'il en est déjà beaucoup qui l'ont été en vertu de statuts sous seing privés, combien plus considérable doit être le nombre de ceux qui l'ont été en vertu d'actes statutaires auxquels ont comparu des mandataires munis de pouvoirs sous seings privés ! De plus, s'il était définitivement admis par les tribunaux qu'on dût exiger l'authenticité des procurations données par des actionnaires pour se faire représenter aux assemblées appelées à autoriser des emprunts hypothécaires, beaucoup d'actionnaires reculeraient devant les frais d'un acte notarié, et il deviendrait la plupart du temps, en raison des abstentions qu'une pareille mesure ne manquerait pas de déterminer, impossible de réunir un nombre d'assistants suffisants pour prendre une délibération utile.

Sont-ce ces considérations pratiques qui ont poussé la Cour régulatrice à réagir contre la logique à outrance de la Cour de Douai? Nous l'ignorons. Toujours est-il qu'après avoir constaté que l'acte statutaire a été rédigé en la forme notariée, l'arrêt de 1885 ajoute « qu'il importe peu que, parmi les personnes qui ont constitué la société, quelques-unes (1) aient comparu à l'acte constitutif par des mandataires munis de pouvoirs sous seings privés, puisque c'est la société dûment constituée qui a donné au gérant le pouvoir d'hypothéquer les immeubles de cette société ». En l'état du système que nous avons défendu, nous ne pouvons qu'applaudir à cette solution ; mais, avec M. Labbé, nous aurions tenu pour plus solide qu'un argument tiré de la personnalité sociale, un raisonnement basé sur le sens des dispositions de la loi qui permettent de constater par acte sous seings privés la formation d'une société. C'est par pure fiction que certaines sociétés, notamment les sociétés commerciales, sont considérées comme constituant des personnalités distinctes de celles des associés qui les composent : dans la réalité, une société n'est autre chose qu'une collection de personnes

(1) La Cour semble oublier que, dans l'espèce qui lui était soumise, sur les soixante-et-un actionnaires qui composaient la société, quarante-quatre, c'est-à-dire plus des deux tiers, avaient été représentés par des mandataires munis de procurations sous seings privés.

réunies pour la poursuite d'un même but ; et, quand on parle de la volonté sociale, on n'entend parler que de la somme des volontés individuelles des associés. On ne peut donc pas dire que la volonté sociale est authentiquement constatée, dès lors que toutes les volontés individuelles, qui ont contribué à la former, ne se sont pas manifestées authentiquement; et, si l'on va jusqu'à exiger que l'acte de société soit rédigé en la forme notariée quand il permet d'hypothéquer les immeubles sociaux, on ne peut, sans se mettre en contradiction avec soi-même, se soustraire à la nécessité d'exiger également que la procuration donnée pour consentir cet acte soit produite en la même forme.

238. Est-il besoin de faire observer que tout ce que nous venons de dire du cas où c'est l'acte social lui-même qui donne au représentant de la société le pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux, peut également s'appliquer en cas où ce pouvoir est conféré par une délibération modificative des statuts primitifs? Le gérant ou administrateur d'une société n'a reçu d'abord que le pouvoir d'administrer, ou, s'il a été autorisé par un article des statuts à hypothéquer les immeubles sociaux jusqu'à concurrence d'une certaine somme, il a épuisé complètement ses droits et se trouve actuellement sans pouvoir aucun pour conférer une nouvelle hypothèque sur les biens de la société.

Les associés délibèrent et décident qu'à l'avenir le représentant de la société pourra, le cas échéant, hypothéquer les immeubles sociaux jusqu'à concurrence de telle ou telle somme. Cette délibération, qui introduit un changement aux statuts primitifs, qui complète l'organisation première des pouvoirs de la gérance, est évidemment statutaire ; la clause nouvelle s'absorbe dans l'acte constitutif de la société, comme si elle y avait été insérée *ab initio*. Il s'ensuit que, si l'on admet le système que nous avons essayé de défendre, cette clause sera régulièrement constatée dans un procès-verbal dressé en la forme privée. On ne comprendrait pas, en effet, qu'il fût exigé, par une simple clause complétive de l'acte statutaire initial, une forme plus rigoureuse que celle qui aurait été suffisante au début pour l'ensemble de l'acte, y compris la clause qu'on veut y ajouter. Si l'on admet, au contraire, avec la Cour de Cassation, que l'acte constitutif d'une société doit être revêtu de la forme notariée, lorsqu'il renferme une clause attribuant à l'administrateur ou au gérant le pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux, on sera conduit à exiger la même forme pour l'acte simplement modificatif. C'est là, du reste, ce qu'a fait la Cour de Cassation dans le même arrêt du 23 décembre 1885 (1). Des trois dé-

(1) V. égal. Paris, 5 décembre 1887, *Le Droit*, 21 décembre 1887.

libérations statutaires dont la validité était mise en question, deux n'étaient que des délibérations modificatives des statuts originaires, en ce qu'elles élargissaient les pouvoirs primitivement conférés par ces statuts au représentant de la société quant au chiffre des emprunts hypothécaires à contracter. Ces deux délibérations n'ayant pas été rédigées en forme authentique, la Cour, conséquente cette fois avec elle-même, a décidé que la nullité devait en être prononcée.

A ce propos, dans les conclusions conformes qu'il a développées devant la Chambre civile, M. Desjardins a cru pouvoir invoquer comme précèdent l'arrêt de rejet rendu par la Chambre des Requêtes à la date du 15 novembre 1880 (V. *suprà*, n° 233). Il y a eu là évidemment, de la part de l'éminent avocat général, une confusion entre deux situations bien distinctes. Dans l'affaire soumise à la Chambre des Requêtes, il ne s'agissait pas d'une délibération modificative des statuts. L'hypothèque litigieuse avait été consentie en vertu d'une délibération autorisant, en vue d'une affaire isolée, un emprunt spécial et déterminé, et non en vertu d'une délibération conférant d'une façon générale et pour l'avenir au représentant de la société le pouvoir d'hypothéquer. L'assemblée des associés n'avait donc pas touché aux statuts sociaux : en donnant au gérant le pouvoir d'enprunter hypothé-

cairement une somme déterminée, elle avait agi comme un particulier qui charge un mandataire de contracter en son nom un emprunt hypothécaire. Le mandat d'hypothéquer ainsi conféré au gérant était un mandat indépendant, ne se rattachant accessoirement à aucun autre acte, notamment à l'acte constitutif de la société. Aussi ne pouvait-il être question de l'assimiler quant à la forme à ce dernier acte.

239. En l'état du système consacré par la Cour de Cassation, cette distinction est sans importance, puisque, dans un cas comme dans l'autre, l'authenticité de la délibération autorisant l'hypothèque est jugée nécessaire. Mais il en est autrement pour ceux qui, tout en acceptant comme point de départ la règle de l'authenticité de la procuration à l'effet d'hypothéquer, pensent que cette règle n'est pas applicable au cas où la procuration fait partie intégrante d'un acte constitutif de société rédigé sous signatures privées. Dans cette opinion, les deux situations que nous venons d'exposer doivent être soigneusement distinguées l'une de l'autre; si l'assemblée générale, sans toucher aux statuts, donne au représentant de la société un pouvoir spécial pour emprunter hypothécairement une somme déterminée, un notaire devra assister à la délibération et en dresser procès-verbal; la délibération pourra, au contraire, être prise dans

la forme ordinaire des procès-verbaux des assemblées générales d'associés ou d'actionnaires, c'est-à-dire sans le concours d'un notaire, si l'assemblée, voulant modifier les statuts, confère d'une façon générale et pour l'avenir au gérant ou à l'administrateur le pouvoir de contracter des emprunts hypothécaires au nom de la société.

Cette double solution, qui est proposée par M. Labbé (Note sous *Sir.*, 81, 1, 441), est, à notre avis, la seule acceptable, dès lors qu'on admet la règle de l'authenticité du mandat à l'effet d'hypothéquer. On doit reconnaître cependant qu'elle produit une singulière anomalie. N'est-il pas étrange, en effet, qu'un emprunt isolé ne puisse être autorisé que par une délibération authentique, tandis qu'une simple délibération prise dans la forme ordinaire suffit pour autoriser un ou plusieurs emprunts indéterminés?

Ce résultat bizarre, mais inévitable dans la doctrine de l'authenticité du mandat à l'effet d'hypothéquer, n'est pas fait pour la consolider. Il ne se produit pas, dira-ton, dans le système consacré par la Cour de Cassation. Cela est vrai. Mais pouvons-nous accepter un système devant les conséquences rigoureuses duquel la Cour de Cassation elle-même se voit contrainte de reculer? Anomalie d'un côté, rigueur excessive ou contradiction de l'autre, tels sont, en fin de compte, les deux termes

de l'alternative à laquelle conduit fatalement l'application de la théorie du mandat authentique aux hypothèques consenties au nom de sociétés. L'épreuve est, à nos yeux, décisive. La conclusion qui s'en dégage tout naturellement, c'est que la théorie du mandat authentique cadre mal avec les principes de notre droit sur les sociétés. De là à dire qu'elle n'est pas en harmonie avec l'ensemble de la législation qui nous régit, qu'elle doit, par conséquent, en l'absence d'un texte qui la consacre explicitement ou implicitement, être résolûment repoussée, il n'y a qu'un pas. Ce dernier pas, M. Labbé ne l'a pas franchi : dans sa note sur l'arrêt de 1885, il approuve, comme il l'avait déjà fait dans la note précitée, le principe de l'extension donnée par la jurisprudence à l'article 2127 du Code civil ; mais la contradiction dans laquelle est entraînée la Cour suprême, pour échapper aux conséquences rigoureuses de son système, suggère à l'éminent professeur quelques réflexions qui nous paraissent précieuses à recueillir : « La loi, dit-il, n'a pas une répugnance absolue pour l'emploi des actes sous seings privés dans la constitution d'hypothèque. Un propriétaire hypothèque valablement un immeuble dont il se dit propriétaire en produisant un acte d'acquisition sous seings privés. L'hypothèque dépend alors de la sincérité de l'acte d'acquisition qui porte des signa-

tures inconnues et non vérifiées. La loi belge soumet à l'authenticité tous les actes de mutation de la propriété foncière, et non pas seulement les affectations hypothécaires. La loi française, qui, dans les mutations et les démembrements de la propriété des immeubles, fait un partage entre la liberté des actes sous seings privés et la nécessité des actes authentiques, rencontre inévitablement des points de contact difficiles à délimiter entre les deux domaines (1). »

240. Quoi qu'il en soit, la prudence la plus vulgaire commande désormais de faire imprimer l'authenticité à toute délibération contenant attribution du pouvoir d'hypothéquer au gérant, à l'administrateur ou au conseil d'administration d'une société. A cet effet, un notaire assistera à la délibération des actionnaires ou associés réunis en assemblée générale, et il en dressera un acte notarié, qu'il fera signer par tous les intéressés présents.

La jurisprudence admettant que l'acte sous seing privé régulièrement déposé au rang des minutes d'un notaire, par les soins du débiteur, acquiert *ipso facto* force et valeur d'acte notarié, (V. *suprà*, n° 228) on peut aussi, au cas où l'on n'a pas eu recours au premier moyen, déposer pour minute chez un notaire le procès-verbal de

(1) Cf., *suprà*, nos 62 et 63.

la délibération autorisant l'emprunt hypothécaire (Paris, 5 décembre 1885, *Dall.*, 87, 2, 55).

Mais alors si, au lieu d'effectuer elle-même le dépôt entre les mains du notaire, l'assemblée générale charge de ce soin un mandataire, la question se pose encore de savoir si ce mandataire doit être nécessairement nanti d'une procuration authentique pour opérer valablement le dépôt au nom de la société. Par un arrêt du 22 juin 1824, la Cour de Caen, dans une espèce où le dépôt d'un contrat d'hypothèque non notarié avait été fait par le créancier comme mandataire du débiteur, a décidé qu'il n'était pas nécessaire que le pouvoir du mandataire eût été lui-même donné dans la forme notariée *(Dall.*, 25, 2, 112). Mais il convient de faire observer que, dans cet arrêt, la Cour de Caen posait en principe qu'un mandat sous seing privé est suffisant à l'effet de conférer hypothèque. Aujourd'hui les tribunaux n'admettent plus ce principe. Ne faut-il pas en conclure qu'en l'état de la jurisprudence actuelle, le mandat à fin d'effectuer le dépôt doit être authentique, comme doit l'être le mandat à fin d'hypothéquer ? Le raisonnement à tenir est, en effet, le même dans les deux cas : si un acte sous signatures privées devient authentique par le dépôt qu'en fait le débiteur en l'étude d'un notaire, c'est parce que le débiteur donne authentiquement son consentement au dépôt; or, au

cas où le débiteur charge un mandataire d'effectuer ce dépôt, c'est dans la procuration, et non dans l'acte de dépôt, qu'il exprime son consentement; la procuration doit donc être notariée. Son point de départ étant admis, on ne saurait contester la logique de ce raisonnement. La conséquence à en déduire, c'est que l'assemblée générale des actionnaires ou associés devra faire venir un notaire pour constater le mandat à l'effet d'opérer le dépôt. Dans ces conditions, il sera évidemment beaucoup plus simple de prier le notaire de constater séance tenante soit la délibération autorisant l'emprunt, soit tout au moins la remise entre ses mains du procès-verbal de cette délibération. En définitive, la logique du système de la jurisprudence, en matière de mandat à l'effet d'hypothéquer, conduit ici à décider que, pour toute délibération autorisant un emprunt hypothécaire, la présence réelle du notaire est indispensable, qu'elle ne saurait jamais être remplacée par un dépôt en son étude du procès-verbal de la délibération. C'est là encore, il faut le reconnaitre, une conséquence regrettable de la théorie du mandat authentique, car la nécessité de faire venir un notaire à chaque séance où une assemblée d'associés est appelée à statuer sur une question d'emprunt, peut être fort gênante pour certaines sociétés. Aussi approuvons-nous fortement un arrêt de la

Cour de Rennes, du 29 octobre 1885 (*Gaz. Pal.*, 1887, 2, 419), lequel a décidé que le dépôt en l'étude d'un notaire du procès-verbal d'une délibération autorisant ou ratifiant une constitution d'hypothèque peut être valablement effectué par un mandataire muni d'une simple procuration sous signatures privées. Nous croyons bien cependant que la solution consacrée par cet arrêt est purement accidentelle, et qu'elle restera sans écho en jurisprudence, car elle nous paraît en contradiction absolue avec les principes ayant aujourd'hui cours dans les tribunaux.

241. Avant d'aborder l'examen des difficultés auxquelles peut donner lieu l'absence du créancier à la constitution d'hypothèque, il nous reste, pour en finir avec l'hypothèse de l'absence du constituant, à prévoir le cas d'une hypothèque consentie, au nom du propriétaire, par un tiers agissant comme porte-fort, comme gérant, en dehors de tout mandat ou au delà de son mandat. Si le propriétaire veut ratifier, sa volonté doit-elle être exprimée par acte notarié ? La même question se pose lorsque la constitution d'hypothèque est entachée d'un vice qui la rend annulable ou rescindable, lorsque, par exemple, elle a été consentie par un incapable. La confirmation n'est-elle valable qu'autant qu'elle se trouve consignée dans un acte passé devant notaire ? Les raisons de décider

dans un sens ou dans l'autre étant les mêmes dans les deux cas, les deux questions peuvent être examinées ensemble.

M. Labbé (1) considère la forme notariée comme indispensable. C'est au moment de la confirmation ou de la ratification, dit-il, « que se produit la volonté, l'adhésion volontaire du débiteur à l'existence de l'hypothèque, volonté que le législateur a pris soin d'entourer de garanties spéciales. L'authenticité est une de ces garanties ». L'authenticité doit donc être exigée pour l'acte de confirmation ou de ratification (2).

Cette manière de voir n'est pas la nôtre. Lorsqu'une hypothèque a été consentie avec les solennités prescrites, lorsque notamment le consentement de celui qui a joué au contrat le rôle de constituant s'est manifesté en la forme requise, la loi est satisfaite au point de vue de l'authenticité. Que si maintenant ce consentement est imparfait ou insuffisant, s'il procède d'un incapable ou d'un gérant d'affaires, il recevra le complément qui lui manque par le fait de l'adhésion volontaire de l'ex-incapable ou du *dominus*, et cela, sous quelque

(1) Note sous *Sir.*, 81, 1, 441. — V. dans le même sens, Pothier, *Introd. à la Cout. d'Orléans*, tit. 20, chap. Ier, sect. 2, § 2, nº 24, p. 646 (édit. Bugnet); MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 262, note 6 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, nº 450.

(2) Paris, 5 juillet 1877, *Sir.*, 77, 2, 295, et la note ; Dijon, 28 avril 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 1, 806.

forme que cette adhésion se produise. Exiger à nouveau un acte notarié, ce serait tenir pour non avenu le consentement donné lors de la constitution.

D'ailleurs, avec le système que nous repoussons, on est logiquement conduit à décider qu'une exécution volontaire ne saurait entraîner confirmation ou ratification d'une constitution d'hypothèque infectée d'une nullité relative ou consentie par un porte-fort. M. Labbé le conteste. Dans l'exécution volontaire, dit-il, « toutes les formes sont remplacées par une garantie unique, équivalente, l'examen par le tribunal de ce fait : l'exécution a-t-elle été volontaire, l'œuvre d'une volonté éclairée, émanant d'une personne capable? » Nous répondons que cette garantie de l'intervention du tribunal existe tout aussi bien pour l'acte sous-seing privé que pour l'exécution volontaire. L'intervention du juge ne saurait, au surplus, remplacer l'intervention du notaire, seule admise par l'article 2127.

Enfin, de deux choses l'une, ou bien la forme notariée est exigée pour l'existence même de la volonté de confirmer ou de ratifier une hypothèque, et cette volonté manifestée d'une autre manière, soit par une exécution volontaire, soit par un acte sous seing privé, soit même par un acte authentique non notarié, doit être tenue pour

non avenue, ou bien cette volonté peut exister sans être constatée dans un acte notarié, et une manifestatation quelconque sera suffisante. Mais, en aucun cas, on ne peut admettre qu'une exécution volontaire puisse équivaloir à une confirmation ou ratification notariée, dès lors que celle-ci est requise. Or, tout le monde, M. Labbé tout le premier, reconnaît que, dans notre hypothèse, l'exécution volontaire peut entraîner confirmation ou ratification. Nous en concluons qu'un acte notarié n'est pas nécessaire (Cf. M. Renckhoff, *De la confirmation des actes entachés de nullité*, Paris, 1885, n° 38).

242. Il nous faut maintenant examiner le cas dans lequel l'hypothèque a été constituée en l'absence du créancier.

La Cour de Lyon, dans un arrêt qui, d'après M. Laurent (*op. cit.*, t. XXX, n° 426), déconsidère la jurisprudence, a décidé que l'acceptation du créancier n'est pas nécessaire pour que l'hypothèque existe. « Dans un contrat unilatéral, dit la Cour (Lyon, 9 mai 1837, *Sir.*, 37, 2, 468), une acceptation de la part de celui envers lequel on s'engage est inutile, puisque lui-même ne s'oblige à rien... » C'est là évidemment une erreur de droit, car il est de l'essence de tout contrat, fût-il unilatéral, qu'il y ait consentement des parties contrac-

tantes, c'est-à-dire concours de leurs volontés. Tant que le créancier n'a pas accepté, il n'y a, de la part du débiteur, qu'une offre, ce que l'on appelle en droit une pollicitation, qui peut toujours être retirée. Prétendra-t-on que la constitution d'hypothèque n'est pas un acte conventionnel, mais un simple acte unilatéral, dépendant de la seule volonté de son auteur, comme, par exemple, la reconnaissance d'un enfant naturel? Ce serait méconnaître non seulement l'esprit, mais aussi le texte de la loi, qui nous dit, dans l'article 2117, que l'hypothèque conventionnelle est celle qui *dépend des conventions*, et, dans l'article 2127, que l'hypothèque doit être *consentie* par acte notarié. Consentir, c'est *sentire cum alio*, et si l'on peut vouloir seul, on ne saurait consentir seul. Pas n'est besoin d'insister sur ce point, comme l'a fait inutilement M. Laurent (*op. et loc. cit.*, nos 424 à 427). Une hypothèque constituée par le débiteur seul, sans l'acceptation du créancier, ne serait pas une hypothèque conventionnelle.

243. Autre est la question de savoir comment doit se manifester le consentement du créancier. Nous repoussons résolûment, comme exagérant la rigueur de la loi, le système qui exige que ce consentement soit donné dans la forme notariée, comme celui du débiteur (1). Aucun texte n'im-

(1) En ce sens, Zachariæ, t. II, § 266, texte et note 18 ; M. Laurent, *op. et loc. cit.*, nos 440 à 445.

pose au créancier qui reçoit hypothèque, comme au bénéficiaire d'une donation, une acceptation authentique, et la disposition de l'article 932, spéciale à la donation, et exceptionnelle de sa nature, ne saurait être étendue à la constitution d'hypothèque. Du reste, l'article 2127, qui règle la solennité du contrat hypothécaire, ne prescrit la forme notariée que pour l'acte par lequel l'hypothèque est *consentie* ; or, on ne peut pas dire que le créancier consent l'hypothèque : celle-ci lui est consentie, il ne la consent pas. Il n'est donc pas nécessaire que son acceptation soit consignée dans un acte notarié. C'est l'avis de la grande majorité des auteurs (1).

La jurisprudence admet également qu'une affectation hypothécaire n'a pas besoin, pour être valable, d'être acceptée authentiquement par le créancier au profit de qui elle est consentie. Il faut une acceptation pour former le lien de droit, mais, dans le silence de la loi, le créancier peut donner cette acceptation d'une façon quelconque, soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé, soit même tacitement, en requérant l'inscription par exemple, ou en produisant à l'ordre (2). Ajou-

(1) V. notam. MM. Pont, *op. cit.*, nº 659 ; Martou, *op. cit.*, t. III, nº 982 *ter* ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 275, texte et note 51 ; Thézard, *op. cit.*, nº 58-3º.

(2) Paris, 22 avril 1835, *Sir.*, 35, 2, 373 ; Civ. rej., 5 août 1839, *Sir.*, 39, 1, 753 ; Req. rej., 4 décembre 1867, *Sir.*, 68, 1, 252 ; Chambéry, 20 janvier 1872, *Sir.*, 72, 2, 125. — V. toutefois Toulouse, 31 juillet 1830, *Sir.*, 31, 2, 133.

tons qu'à quelque époque que le créancier manifeste sa volonté de se prévaloir de l'hypothèque constituée à son profit, cette manifestation de volonté rétroagit au jour même de la constitution, si bien que, vis-à-vis des tiers, l'hypothèque date de l'inscription qui l'a vivifiée, quand même elle aurait été inscrite avant l'acceptation du créancier. « Attendu qu'en général, dit l'arrêt précité du 5 août 1839, la ratification, confirmation ou exécution volontaire d'un acte a un effet qui remonte au jour même où cet acte a été passé ; — que la réserve, faite par l'article 1338 du Code civil, du droit des tiers, ne peut recevoir aucune application à l'espèce, parce que les actes des 20 et 22 mars 1832 n'étaient frappés d'aucune cause légale de nullité ou de rescision, et qu'ainsi ils ne tirent point leur force de la confirmation ou exécution volontaire qui a eu lieu de la part des défendeurs, lorsqu'ils les ont pris pour base de la demande en collocation à l'état d'ordre du prix des biens de J... » (En ce sens, MM. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 274, texte et note 50).

Ces diverses solutions ne nous paraissent pas sérieusement contestables. L'acceptation du créancier est nécessaire, mais peu importe la forme qu'elle revêt, peu importe l'époque à laquelle elle intervient. Nous pensons même qu'au lieu d'être concomitante ou postérieure à la constitution

d'hypothèque, elle pourrait l'avoir précédée. Pourquoi, en effet, exigerait-on une acceptation concomitante ou postérieure? L'initiative d'un contrat, même unilatéral, peut être prise par le créancier, comme cela se produisait dans la stipulation romaine. Si le créancier a déclaré accepter d'avance l'hypothèque non encore constituée, il y a eu là, de sa part, une manifestation de volonté qui rend inutile son acceptation ultérieure, car, de deux choses l'une, ou le débiteur, en promettant l'hypothèque s'est engagé envers lui, et la constitution n'est plus alors que l'exécution d'une convention antérieure, ou le débiteur n'a rien promis avant la constitution, et celle-ci prend alors le caractère d'une adhésion tacite à la demande du créancier, adhésion qui forme le lien de droit entre les parties : dans un cas comme dans l'autre, les deux volontés se sont rencontrées, et l'hypothèque, quoique constituée par le débiteur seul, est évidemment conventionnelle, puisqu'elle *dépend d'une convention* (art. 2117).

244. L'authenticité n'étant pas exigée pour l'acceptation du créancier, il va sans dire qu'elle ne l'est pas davantage pour la procuration que celui-ci donnerait à un tiers à l'effet d'accepter l'hypothèque en son nom (*Contrà*, M. Laurent, *op. et loc. cit.*, n° 443). Aussi arrive-t-il fréquemment dans la pratique notariale, que le créancier ne figure à l'acte que par un simple mandataire verbal.

L'hypothèque peut même être valablement acceptée, au nom du créancier, par un tiers agissant sans mandat. La ratification du créancier est alors nécessaire pour qu'il y ait de sa part consentement, mais cette ratification peut avoir lieu expressément ou tacitement, puisque le consentement du créancier reste soumis au droit commun. Inutile d'ajouter qu'elle rétroagit, conformément à la règle *Ratihabitio mandato comparatur* (En sens contraire, M. Laurent, *op. et loc. cit.*, nos 449 et 450).

245. Dans l'ancien droit, le notaire acceptait l'hypothèque pour le créancier absent, d'après un vieil usage constaté par un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 8 mai 1716. « Attestons, porte cet acte, qu'il est d'usage et s'est toujours observé par les notaires du Châtelet et autres, lorsqu'un débiteur passe une obligation au profit de son créancier absent, que les notaires stipulent et acceptent l'obligation pour le créancier absent; que lesdites obligations ont toujours été valables, etc. » Peut-il encore en être ainsi aujourd'hui? Personne, si nous ne nous trompons, ne le soutient. On s'accorde à reconnaître que l'esprit, sinon le texte de l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI s'oppose à ce que le notaire figure comme partie dans les actes qu'il reçoit; or, le notaire qui accepte pour le créancier absent ne peut agir que comme manda-

taire ou comme *negotiorum gestor*; dans un cas comme dans l'autre, il doit être réputé partie à l'acte, car il stipule.

Mais où l'on ne s'entend plus, c'est quand il s'agit de déterminer, pour le cas qui nous occupe, les conséquences de l'intervention du notaire au nom de son client. L'opinion la plus généralement suivie décide que l'acte dans lequel le notaire instrumentant accepte l'hypothèque pour le créancier absent est à considérer comme dépourvu d'authenticité, par application de l'article 68 de la loi de ventôse, et comme ne pouvant, par suite, constater valablement la constitution d'hypothèque (1).

Quelques auteurs, trouvant cette solution trop radicale, proposent une distinction entre le cas où le notaire se serait borné à accepter l'hypothèque pour son client absent et celui où il serait intervenu d'une façon plus active, où, par exemple, sans se contenter d'accepter purement et simplement l'hypothèque, il se serait indiqué à l'acte comme ayant, en qualité de mandataire ou de *negotiorum gestor* du créancier, consenti au prêt et à ses conditions, compté les fonds à l'emprunteur,

(1) V. notam., en ce sens, MM. Merville, *Revue pratique*, 1856, t. I, pp. 308 et s.; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 275, texte et note 52; Laurent, *op. et loc. cit.*, nº 448. — Rouen, 2 février 1829, *Sir.*, 30, 2, 175; Besançon, 17 juillet 1844, *Sir.*, 46, 2, 171; Civ. rej., 3 août 1847, *Sir.*, 47, 1, 725; Limoges, 11 juillet 1854, *Sir.*, 54, 2, 769; Amiens, 9 avril 1856, *Sir.*, 56, 2, 333; Grenoble, 8 juillet 1858, *Sir.*, 60, 2, 188; Civ. cass., 11 juillet 1859, *Sir.*, 59, 1, 551. Cf. Toulouse, 31 juillet 1830, *Sir.*, 31, 2, 133.

joué, en un mot, le rôle du prêteur : s'il n'y a eu, disent-ils, de la part du notaire instrumentant, rien autre chose qu'une acceptation pure et simple de l'hypothèque pour le créancier absent, une telle acceptation est sans aucun doute inefficace, puisque le notaire est incapable de figurer comme représentant d'une partie dans les actes qu'il passe ; mais, comme la mention d'acceptation de l'hypothèque est inutile à la perfection de l'acte constitutif, il ne faut voir là qu'une vaine formule, une énonciation surabondante et de pur style, devant être réputée non écrite, et ne pouvant dès lors enlever à l'acte sa force authentique, conformément à l'adage *Utile per inutile non vitiatur* ; l'acte ne serait nul que s'il révélait, par l'ensemble de ses dispositions, une intervention moins passive du notaire, s'il contenait, par exemple, au nom du créancier absent, des stipulations positives du genre de celles dont il a été question ci-dessus.

Cette distinction, qui semble se dégager des motifs de l'arrêt de la Cour de Cassation du 3 août 1847, auquel nous renvoyons plus haut, a été implicitement consacrée par un arrêt rendu par la Cour de Chambéry à la date du 20 janvier 1872 (*Sir.*, 72, 2, 125, et *Dall.*, 73, 2, 146). M. Pont lui a prêté l'appui de son autorité (*op. cit.*, n° 659. — V., dans le même sens, M. Thézard, *op. cit.*, n° 58-3°). Nous hésitons pas cependant à la

repousser, par cette excellente raison que dans l'hypothèse que nous examinons, le notaire, alors même qu'il n'interviendrait à l'acte que pour accepter l'hypothèque, agit toujours ou comme mandataire ou comme gérant d'affaires du créancier, rôle qu'il ne peut accumuler avec celui d'officier public sans se frapper lui-même d'une incapacité, dont la conséquence inévitable, aux termes de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, est la nullité de l'acte comme acte authentique. Sans doute, l'acceptation du créancier n'est pas une formalité indispensable à la validité de l'acte constitutif d'hypothèque, puisque, nous l'avons vu, elle peut très-bien n'être donnée qu'ultérieurement, en une forme quelconque; le débiteur peut comparaître seul devant le notaire et déclarer qu'il affecte tel immeuble à la garantie de sa dette : l'acte sera parfaitement valable, sauf à ne pas lier le débiteur, à ne pas être un contrat tant que le créancier n'aura pas accepté de son côté. Mais, dans notre hypothèse, suivant la judicieuse remarque de M. Merville, si cela pouvait se faire, ce n'est pas là ce qu'on a fait : on a voulu lier dès à présent le débiteur, et l'acceptation du notaire n'a pas eu d'autre but. Ce n'est donc pas seulement comme officier public que le notaire a reçu le consentement du débiteur à l'affectation hypothécaire, c'est en même temps comme représentant du créancier.

Voilà pourquoi l'acte est dépourvu d'authenticité.

Mais entendons-nous bien, l'acte ne serait vicié qu'autant que le notaire instrumentant y serait invervenu dans les conditions précises de notre hypothèse, pour représenter utilement le créancier. Si celui-ci avait pris soin d'accepter lui-même à l'avance l'affectation hypothécaire, l'acceptation par le notaire, impuissante à produire aucun effet, puisqu'elle serait postérieure à la formation du lien de droit entre les parties, se réduirait à une formalité vaine et sans portée, tout à fait surabondante, et ce serait alors le cas d'appliquer la règle *Utile per inutile non vitiatur*.

246. Les quelques règles que nous venons de dégager permettent de déterminer avec précision la faible mesure dans laquelle l'intervention du créancier est indispensable à la perfection du contrat hypothécaire. Nous savons notamment qu'il suffit d'une acceptation tacite, se produisant à une époque quelconque, pour que le bénéfice de l'hypothèque, constituée dans un acte notarié où le débiteur figure seul, soit acquis au créancier.

Au point de vue pratique, cette solution, qui est consacrée par une jurisprudence constante, a des conséquences importantes, que nous ne saurions passer sous silence, car elles se rattachent à certaines combinaisons sur lesquelles nous avons déjà particulièrement insisté : nous voulons parler

des obligations hypothécaires à ordre et surtout des obligations hypothécaires au porteur (V. *suprà*, nos 215 à 226).

Lorsque l'obligation hypothécaire est à ordre, le premier créancier, celui qui est en nom dans l'acte constitutif, n'est qu'un créancier provisoire. Le vrai créancier demeure incertain jusqu'à l'échéance : ce sera le porteur du titre à cette époque. En d'autres termes, le débiteur ne s'engage pas précisément envers la personne désignée dans l'acte, il s'engage envers celui qui sera porteur à l'échéance, que ce soit cette personne ou une autre. Il suit de là que, si l'hypothèque devait être acceptée dans un acte notarié, une difficulté pourrait s'élever sur le point de savoir si le porteur ne devrait pas, pour être admis à s'en prévaloir, justifier d'une acceptation authentiquement constatée. Nous ne disons pas que l'affirmative l'emporterait; la question se poserait, voilà tout, et ce serait, comme on le voit, une question de vie ou de mort pour les titres hypothécaires à ordre. Fort heureusement, grâce à la doctrine qui l'emporte sur la forme de l'acceptation du créancier, pareille éventualité n'est pas à redouter, et la théorie de la transmissibilité par endossement des créances hypothécaires à ordre peut être aujourd'hui, ainsi que nous l'avons montré (nos 216 et 217), considérée comme inattaquable sur le terrain des principes.

C'est surtout la validité de l'obligation hypothécaire au porteur qui serait compromise, si l'on exigeait du bénéficiaire de l'hypothèque une acceptation notariée. Dans ce cas, en effet, nous ne trouvons même plus, dans l'acte constitutif, un premier bénéficiaire, passager il est vrai, mais nommément désigné cependant : l'hypothèque est *ab initio* consentie au profit du porteur soit du titre constitutif, si la créance et l'hypothèque sont constatées dans le même acte, soit du titre d'obligation, si ce titre et l'acte consécutif sont distincts. Sans doute, en fait, il arrive le plus ordinairement qu'un tiers figure dans l'acte constitutif et accepte l'hypothèque soit comme premier porteur du titre, soit simplement comme représentant des porteurs éventuels ; mais cela n'est pas indispensable, au moins pour la constitution proprement dite, et il se peut très-bien, nous le savons, que celle-ci soit l'œuvre exclusive du débiteur, sauf alors à n'être convertie en convention irrévocable que par l'adhésion ultérieure d'un créancier. Peu importe, d'ailleurs, qu'un tiers acceptant intervienne à l'acte constitutif, puisque ce tiers n'est pas le vrai créancier, lequel demeure incertain jusqu'au jour du paiement. Tout ce qu'on peut dire, en pareille occurrence, c'est que l'hypothèque a été acceptée, pour le véritable créancier, par un tiers agissant sans mandat, de sorte que, ici encore, l'adhésion

ultérieure du créancier est nécessaire pour rendre la convention parfaite.

Comment va se produire cette adhésion ? Par un fait informe, une prise de possession du titre. Avec la doctrine de l'acceptation tacite, rien de plus régulier ; mais, si la doctrine contraire avait prévalu, un consentement manifesté d'une façon aussi sommaire eût été évidemment tenu pour tout à fait insuffisant, et la création d'obligations hypothécaires au porteur, dont dépend quelquefois, ainsi que nous allons le voir, le succès d'une entreprise financière ou industrielle, eût été, par là même, rendue impossible.

Ce n'est pas à dire, du reste, que la constitution d'une hypothèque pour sûreté d'une créance constatée dans un titre au porteur soit demeurée à l'abri de toute attaque. D'autres objections, d'ordre différent, ont été élevées contre la validité de cette combinaison, mais elles semblent bien faibles, quand on les compare à celle qu'on aurait pu tirer du mode d'acceptation du créancier, si le système de l'authenticité l'avait emporté.

C'est ainsi notamment que l'on a prétendu trouver dans l'article 2148 du Code civil, qui prescrit d'indiquer dans l'inscription le nom du créancier, la condamnation des obligations hypothécaires au porteur. Comment, a-t-on dit, désigner individuellement dans l'inscription le véritable créancier, si

celui-ci ne peut être connue avant le jour du paiement de l'obligation ? L'objection, pourrions-nous répondre, vise l'inscription, et non la constitution. Mais cette réponse ne serait qu'une échappatoire théorique, et il s'agit ici de légitimer une combinaison pratique. Or, en fait, surtout dans l'hypothèse que nous examinons, est-il bien exact de dire que l'hypothèque existe réellement, si elle ne peut être inscrite ? Au surplus, l'objection est loin d'être embarrassante. On sait, en effet, que la doctrine et la jurisprudence reconnaissent que l'omission du nom du véritable créancier n'est pas une cause de nullité de l'inscription hypothécaire; les uns s'appuient sur ce que la loi ne range pas la désignation du créancier parmi les énonciations substantielles que doit contenir l'inscription ; les autres, sur ce qu'il ne saurait y avoir de nullité sans grief ; mais tout le monde, et c'est là le seul point qui nous intéresse, est d'accord sur la solution (1). Sans doute, il faut que la personne qui requiert l'inscription se fasse connaître, afin que les intéressés sachent à qui adresser, le cas échéant, les sommations, notifications, assignations concernant

(1) V. notam. MM. Pont, *op. cit.*, nº 960 ; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, § 276, p. 350, texte et note 20 ; Laurent, *op. cit.*, t. XXXI, nos 45 et 95. — Cf. toutefois M. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, nº 130 *bis* IV. — V. surtout l'intéressante note de M. Labbé sous *Sir.*, 79, 2, 313, et les documents de jurisprudence auxquels il renvoie.

le créancier, mais il n'est nullement indispensable que cette personne soit elle-même le véritable créancier. Ainsi, il a été jugé que le mandataire peut prendre inscription en son propre nom, sans divulguer le nom de son mandant, le véritable créancier (Req. rej., 6 juillet 1842, *Sir.*, 42, 1, 802 ; Trib. civ. Lyon, 6 mai 1886, *Mon. Lyon*, 16 août 1886). De même, l'inscription peut être régulièrement prise par le cessionnaire au nom du cédant déjà dessaisi (Req. rej., 16 novembre 1840, *Sir.*, 40, 1, 961, et les renvois), par les héritiers au nom du créancier défunt (V. notamment M. Laurent, *op. et loc. cit.*, n° 4, et les renvois). En un mot, si la loi prescrit au créancier de se faire connaître, c'est dans son seul intérêt : ce n'est pas dans l'intérêt des tiers, qui peuvent adresser valablement à la personne désignée dans l'inscription tous les actes qu'il y a lieu de signifier au créancier.

247. Que manque-t-il, dès lors, à l'hypothèque garantissant une obligation au porteur pour qu'elle soit régulièrement inscrite? Ne suffit-il pas qu'une personne quelconque figure en nom dans l'inscription, pour que celle-ci profite à tous ceux qui deviendront ultérieurement porteurs du titre constatant l'obligation?

De là, l'incontestable validité d'un procédé dont l'emploi a déjà contribué au succès de nombreuses

opérations industrielles et financières, et qui est appelé à prendre dans l'avenir une extension considérable. Une société, propriétaire d'immeubles, veut emprunter de l'argent en émettant des obligations négociables. Pour déterminer les capitalistes à souscrire à l'emprunt, elle en assure d'avance le remboursement par une affectation hypothécaire sur ses immeubles, en déclarant que l'hypothèque ainsi constituée profitera à tous les porteurs d'obligations. En soi, la constitution est parfaitement valable, d'après les principes que nous avons développés; mais il s'agit de la rendre opposable aux tiers, d'inscrire l'hypothèque. Comment va-t-on s'y prendre? On ne saurait évidemment, sans risquer de manquer le but poursuivi, laisser à chacun des souscripteurs le soin de s'occuper de l'inscription et la charge d'en faire les frais : il importe, si l'on veut déterminer le public à prendre part à l'emprunt, que la garantie hypothécaire qui lui est offerte soit entièrement régularisée au jour même de l'émission. Est-il besoin d'ajouter que les obligataires ne devant être connus qu'après la clôture de la souscription, il serait, le voulût-on, matériellement impossible d'insérer leurs noms dans une inscription collective prise d'office? Le seul moyen possible, c'est de faire prendre l'inscription par un tiers (1) qui déclare agir

(1) Le plus souvent, on crée une société civile qui représente tous

comme gérant d'affaires pour les porteurs d'obligations. La désignation individuelle de ce tiers suffit à rendre l'inscription régulière; c'est lui qui recevra les sommations, notifications, assignations regardant les obligataires, et ceux-ci, par le fait même de la souscription, se soumettent aux conséquences de cette représentation.

La validité de ce procédé est reconnue par une jurisprudence constante, et il suffit de se reporter aux décisions rendues sur ce point pour se faire une idée de l'importance pratique de la solution admise (1).

L'inscription étant prise d'avance, antérieurement à la souscription des obligations, il faut reconnaître que la combinaison en question ressemble singulièrement à l'hypothèque sur soi-même de la loi de messidor an III. M. Labbé, qui insiste sur cette ressemblance, fait à son propos quelques réflexions fort intéressantes. Nous nous bornerons à en citer une, qui complète utilement ce que nous avons dit ailleurs de l'hypothèque préconstituée. Le danger de l'hypothèque constituée préparatoirement, dit en terminant le savant pro-

les obligataires et au nom de laquelle l'inscription est prise. La validité de cette société est contestable. En tout cas, nous ne voyons pas quelle peut être son utilité. V. la note de M. Labbé précitée.

(1) V. notam. Aix, 8 avril 1878, *Sir.*, 79, 2, 313, sous lequel se trouve la savante note de M. Labbé ; Paris, 15 mai 1878, joint à Civ. cass., 29 juin 1881, *Sir.*, 83, 1, 218 ; Douai, 12 mai 1880, *Dall.*, 82, 2, 243 ; Trib. civ. Bourges, 8 mars 1888, *Pand. Franç*, 1888, 2, 161.

fesseur, « est tout autre selon que la même opération est faite par un particulier ou par une société. Cela est vrai ; nous ne le nions pas. Mais le droit est-il différent pour l'un et pour l'autre ? Ne sommes-nous pas dans la nécessité ou de défendre l'opération à tout le monde parce que quelques-uns peuvent en abuser, ou de la permettre à tout le monde, parce qu'en elle-même elle ne viole aucun principe, elle est une conséquence de la liberté des conventions, elle répond en beaucoup de cas à un intérêt sérieux et honnête? »

248. Nous avons vu que la femme mariée, pour consentir valablement une hypothèque, doit, à défaut du concours de son mari dans l'acte, obtenir son consentement par écrit. On s'est demandé si cet écrit doit être authentique. M. Labbé (Note sous *Sir.*, 81, 1, 441) tient pour l'affirmative. Le consentement à l'affectation hypothécaire se compose ici, dit-il, de la part de la femme, de deux volontés qui se complètent : ces deux volontés doivent donc être constatées authentiquement (1). Nous n'admettons pas cette manière de voir : c'est la femme seule qui constitue l'hypothèque ; l'autorisation du mari n'est qu'un acte d'autorité et de protection, une formalité extrinsèque, étrangère à la forme de l'acte pour lequel elle est re-

(1) Cf., pour l'hypothèse d'une autorisation à fin de donation, Req. rej., 1er décembre 1846, *Sir.*, 47, 1, 289.

quise. La question est, d'ailleurs, tranchée par le texte de l'article 217, qui exige seulement un écrit, sans distinguer entre les diverses espèces d'actes qu'il énumère. Nous en concluons que l'autorisation du mari peut être donnée par un acte sous seing privé, quel que soit cet acte, fût-ce une simple lettre (1).

Il en serait de même si le constituant était une personne pourvue d'un conseil judiciaire : si le conseil, empêché d'assister à l'acte constitutif d'hypothèque, était forcé de donner son assentiment à distance, l'écrit exprimant cet assentiment pourrait très-bien n'être qu'une lettre missive. Cette solution est combattue par M. Labbé dans la note à laquelle nous renvoyons. Les raisons de décider dans un sens ou dans l'autre étant identiques aux précédentes, nous n'avons pas à insister sur ce point.

249. Ayant ainsi nettement circonscrit les limites dans lesquelles l'authenticité est requise pour la constitution de l'hypothèque conventionnelle, nous n'avons plus, pour épuiser les développements que comporte la disposition de l'article 2127, qu'à dire quelques mots de sa sanction.

(1) En ce sens, MM. Demolombe, *op. cit.*, t. IV, nº 194 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 472, p. 151, texte et note 54 ; Laurent, *op. cit.*, t. III, nº 119.

Il va sans dire que l'hypothèque constituée par acte sous seing privé, ou par acte authentique nul en la forme, n'est pas valable. La loi, il est vrai, ne s'en explique pas expressément, mais cela résulte suffisamment de ce qu'aux termes de l'article 2127, « l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique ».

250. Mais c'est une question de savoir si le défaut d'authenticité de l'acte constitutif d'hypothèque peut être effacé rétroactivement par un acte authentique régulièrement dressé. M. Laurent (*op. cit.*, t. XXX, n° 437) ne l'admet pas ; de ce qu'un acte solennel, nul en la forme, n'a pas d'existence aux yeux de la loi, il déduit cette conséquence que l'hypothèque est elle-même inexistante, et que, par suite, elle ne saurait être confirmée : on ne confirme pas le néant. Il ne reste donc, suivant cet auteur, d'autre ressource que de refaire l'acte dans les formes légales. Cette solution, il faut l'avouer, trouve un point d'appui très-résistant dans l'article 1339, aux termes duquel « le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs : nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale ». Nous nous décidons cependant, non sans avoir longtemps hésité, à la repousser. A notre sens, ce qui est inexistant, c'est l'acte notarié, ce

n'est pas la constitution d'hypothèque elle-même ; celle-ci n'est qu'incomplète. L'hypothèque conventionnelle, dit l'article 2117, est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes ; or, nous avons ici la convention, la forme extérieure seule fait défaut. Il est très-vrai que la convention doit être constatée dans un acte notarié, mais il est non moins certain qu'il faut avant tout une convention : cette convention est défectueuse, si l'on veut, elle n'est pas inexistante. Cela posé, si l'irrégularité se trouve réparée, si la convention, insuffisamment constatée à l'origine, est plus tard revêtue de la forme requise par la loi, comment pourrait-on se refuser à considérer la constitution d'hypothèque comme validée? N'est-ce pas le même résultat qui se produit lorsqu'un acte sous seing privé contenant une constitution d'hypothèque est déposé au rang des minutes d'un notaire? Déposer le néant, pourrait-on dire, ce n'est rien déposer. Et pourtant l'on admet généralement que le fait même du dépôt, régulièrement constaté par le notaire, rend valable la convention d'hypothèque renfermé dans l'acte sous seing privé (V. *suprà*, n° 228). L'acte a reçu ce qui lui manquait pour être complet, le vice originaire qui l'entachait est effacé. La constitution d'hypothèque se trouve donc validée, et validée *ab initio*, car il est de principe que les effets de la confirmation remontent à l'acte confirmé.

Mais, dit M. Laurent, si la confirmation rétroagit, en principe, c'est sans préjudice du droit des tiers ; or, l'hypothèque n'a en général d'effet qu'à l'égard des tiers ; vainement donc la confirmerait-on, elle ne pourrait avoir d'effet qu'à partir de l'acte confirmatif, en supposant que cet acte réunisse les conditions requises par la loi. — Cette objection ne nous arrête pas. A plusieurs reprises déjà nous avons eu l'occasion de dire que les droits des tiers ne sauraient être sauvegardés que dans les termes où ceux-ci les ont acquis. Avec M. Labbé (Note sous *Sir.*, 81, 1, 441), dont l'autorité considérable a puissamment contribué à nous faire adopter l'opinion que nous défendons, nous pensons qu'en l'espèce « il ne faut pas outre mesure s'inquiéter des tiers, qui, voyant, d'après la teneur même de l'inscription (1), l'absence des formalités prescrites (2), se croiraient fondés à tenir pour non avenue l'inscription. Une inscription prise est un avertissement donné aux tiers. Si l'acte sur lequel repose l'inscription est annulable, et susceptible

(1) La question n'est vraiment intéressante que si l'on suppose un acte notarié renfermant une irrégularité. Le cas d'une hypothèque conventionnelle inscrite en vertu d'un acte sous seing privé ne nous semble pas pratique ; il est possible cependant, le créancier pouvant très-bien, pour satisfaire aux prescriptions de l'art. 2148, faire dresser et présenter au conservateur une expédition authentique de l'acte sous seing privé constatant l'hypothèque.

(2) En fait, le plus souvent, le vice du titre ne sera même pas soupçonné par les tiers (Cpr. la note précédente).

de confirmation, les tiers qui savent que la confirmation est possible doivent s'y attendre et aller aux renseignements ; car la confirmation est valable indépendamment de toute publicité nouvelle ». La question est donc purement et simplement ramenée à celle de savoir si la nullité résultant du défaut d'authenticité dans l'acte constitutif d'hypothèque est susceptible d'une confirmation rétroactive. Or, c'est là un point que nous croyons avoir suffisamment établi. Nous le répétons, la convention d'hypothèque constatée par acte sous seing privé est défectueuse, incomplète, elle n'est pas inexistante. L'acte notarié vient couvrir le vice, réparer l'irrégularité de l'acte primitif. Il n'est plus à craindre que la procédure d'ordre soit embarrassée par une vérification d'écriture ; le notaire a été mis à même d'éclairer le constituant sur la gravité de l'acte que celui-ci entendait régulariser. En un mot, les raisons à l'aide desquelles on justifie d'ordinaire l'exigence d'un acte notarié ont reçu pleine et entière satisfaction. Quant aux tiers, si l'inscription a pu leur apprendre quelque chose, c'est non pas que l'hypothèque était inexistante, mais qu'elle était insuffisamment constatée ; ils ont su l'éventualité qui les menaçait, la possibilité d'une confirmation notariée, et néanmoins ils ont gardé le silence, ils ont consenti à traiter avec le constituant et accepté la situation qu'il leur offrait. De

quoi pourraient-ils se plaindre ? Nous en concluons que le rang de la collocation de l'hypothèque confirmée doit être déterminé par le rang de l'inscription prise avant l'acte confirmatif.

En pratique, la question que nous examinons s'est présentée dans le cas d'une hypothèque consentie en vertu d'un mandat sous seing privé. Pour ceux qui admettent que le mandat à l'effet d'hypothéquer doit être authentique, l'acte notarié constitutif d'hypothèque est à considérer comme dépourvu de l'authenticité requise, lorsque le constituant n'y a été représenté que par un mandataire muni d'une simple procuration sous seing privé. D'où la question de savoir si ce mandat peut être confirmé par un acte de confirmation notarié, de manière qu'il soit réputé avoir été valable *ab initio* et, par suite, que le vice de l'acte constitutif soit rétroactivement couvert. La Cour de Cassation, à qui la question était soumise, a décidé que la confirmation du mandat avait bien pu couvrir le vice de la constitution d'hypothèque, mais non valider l'inscription originaire prise en vertu de cette constitution (Civ. rej., 7 février 1854, *Sir.*, 54, 1, 322) (1). M. Laurent (*op. et loc. cit.*, n° 447) critique cette décision : « si l'acte est nul en la forme dit-il, l'hypothèque est plus que nulle, elle est

(1) Cf. Trib. civ. Lyon, 2 juillet 1886, *Monit. judic. de Lyon*, 17 novembre 1886.

inexistante, c'est le néant, et le néant ne se confirme pas » ; et il ajoute que « les principes qui régissent les actes inexistants ne sont pas encore entrés dans la pratique judiciaire ». Nous avons déjà répondu à l'argumentation de M. Laurent : nous n'y reviendrons pas. A notre humble avis, si l'arrêt auquel nous renvoyons mérite un reproche, c'est celui de s'être arrêté à mi-chemin. Dés lors, en effet, que la Chambre civile admettait la rétroactivité de la confirmation entre les parties contractantes, elle n'avait plus qu'un pas à faire pour l'admettre également à l'égard des tiers. Ce dernier pas, elle n'a pas osé le franchir, par crainte de violer la disposition finale de l'article 1338, qui réserve le droit des tiers. Et pourtant, nous l'avons dit de reste, il est bien certain que l'article 1338 ne peut réserver les droits des tiers que dans les termes où ceux-ci les ont acquis.

251. De ce que la nullité résultant du défaut d'authenticité d'une constitution d'hypothèque ou d'un mandat à l'effet d'hypothéquer n'est pas, ainsi que nous croyons l'avoir démontré, une nullité radicale, absolue, mais une nullité simplement relative, susceptible d'être confirmée par un acte de confirmation notarié, nous sommes logiquement conduit à inférer que le constituant ne saurait être admis à s'en prévaloir. Les explications qui précèdent nous dispensent d'insister sur

ce point (*Contrà* Nîmes, 26 octobre 1886, *Rec. de Nîmes*, 1887, p. 29).

252. Avec le contrat constitutif d'hypothèque il ne faut pas confondre, au point de vue de la forme de l'acte, la simple promesse de constituer hypothèque. Cette promesse, qui ne donne au créancier qu'un droit personnel contre le promettant, et non un droit réel sur ses biens, reste dans les termes du droit commun. C'est dire qu'elle peut être faite en une forme quelconque, par lettre missive ou par tout autre écrit sous seing privé (1); elle pourrait même avoir lieu verbalement, l'écrit n'étant exigé que pour la preuve (2). M. Thézard (*op. cit.*, n° 58-1°), qui partage le sentiment général sur ce point, fait à ce propos quelques réflexions assez intéressantes : « Si, dit-il, on s'attachait seulement à ce motif, que la forme authentique a pour but de prémunir le débiteur contre des surprises, il faudrait répondre négativement. Mais ce n'est pas là la raison principale de la loi : tout débiteur, par là même qu'il s'oblige, se soumet éventuellement à l'hypothèque judiciaire, qui affectera tous ses biens.... Tout engagement, en quelque forme qu'il soit souscrit, contient donc une

(1) Pau, 16 juillet 1852, *Sir.*, 52, 2, 417 ; Req. rej., 5 novembre 1860, *Sir.*, 61, 1, 858.

(2) En ce sens, MM. Pont, *op. cit.*, n° 658 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 275, texte et note 53.

promesse d'hypothèque générale; à plus forte raison, on promettra valablement une hypothèque restreinte. »

L'obligation qui résulte d'une pareille promesse est une obligation de faire, régie par le droit commun. Le promettant la remplit en se présentant devant un notaire pour constituer l'hypothèque. S'il refuse, et que la promesse d'hypothèque ait accompagné l'obligation principale, il sera déchu du bénéfice du terme : cet effet se produit lorsque le débiteur diminue les sûretés qu'il avait données pour l'acquittement de sa dette (art. 1188) et même, en un certain sens, lorsque ces sûretés deviennent insuffisantes sans le fait du débiteur (art. 2131); à plus forte raison doit-il en être ainsi quand le débiteur ne fournit pas les sûretés qu'il avait promises. Le créancier pourra donc obtenir contre lui un jugement le condamnant au paiement immédiat de la créance, et ce jugement, comme tout jugement de condamnation, emportera hypothèque sur tous ses biens présents et à venir, ce qui est autrement grave qu'une hypothèque conventionnelle (MM. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, texte et note 54).

Si le jugement ordonnait de constituer l'hypothèque promise, le condamné pourrait, en l'exécutant, c'est-à-dire en fournissant l'hypothèque convenue, échapper à l'hypothèque judiciaire (Valette,

Revue de Droit français et étranger, 1849, t, VI, p. 981). Mais nous ne croyons pas que le tribunal pourrait décider que, faute par le promettant de passer l'acte d'hypothèque dans tel délai, le jugement en tiendrait lieu. L'intervention du juge ne saurait, selon nous, remplacer l'intervention du notaire, seule admise par l'article 2127 pour la constitution de l'hypothèque conventionnelle (Cf. M. Laurent, *op. et loc. cit.*, nos 454 et 455).

253. Il nous reste, pour en finir avec les questions de forme relatives à la constitution de l'hypothèque conventionnelle, à rechercher quelle peut être, sur les biens situés en France, la valeur des contrats d'hypothèque passés en pays étranger dans les formes requises par la loi du pays. L'article 2128 répond à cette question : « Les contrats passés en pays étranger, dit-il, ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités. »

254. C'est la reproduction presque littérale de l'article 121 de l'ordonnance du 13 janvier 1629, connue sous le nom de *Code Michaud*, article dont le but était de mettre fin au désaccord qui existait parmi nos anciens auteurs et dans la jurisprudence sur le point de savoir si les actes authentiques passés à l'étranger conféraient hypothèque sur les

biens situés en France. Mais l'ordonnance ne fut guère respectée ; il y eut même des Parlements, comme celui de Dijon, qui ne l'acceptèrent qu'à la condition que l'article 121 ne serait pas applicable dans leur ressort (Guyot, *Répertoire*, v° Hypothèque, t. VIII, p. 636), et la controverse persista jusqu'à la fin de l'ancien droit (V. sur ce point, M. Esmein, *op. cit.*, pp. 223 et 224).

Quoi qu'il en soit, dans l'ancien droit, où l'hypothèque était considérée comme une conséquence de la force exécutoire de l'acte, la solution du Code Michaud se comprenait, car les officiers d'un souverain étranger ne pouvaient pas, alors plus qu'aujourd'hui, donner à leurs actes la force exécutoire en France. Mais sous le Code civil, où l'hypothèque conventionnelle dépend entièrement de la volonté des parties contractantes, la disposition de l'article 2128 ne se justifie par aucune bonne raison (1), car on ne voit pas en quoi l'effet de cette volonté pourrait compromettre le principe de l'in- l'indépendance des nations. Qu'on ait refusé force exécutoire en France aux contrats d'hypothèque reçus à l'étranger, ou du moins qu'on ne la leur ait accordée, comme on l'a fait pour les jugements (art. 2123), qu'après l'accomplissement des for-

(1) C'est le sentiment général. V. notam., parmi les internationalistes, MM. Félix et Demangeat, *Traité de Droit international privé*, t. II, pp. 217 et suiv. ; Pasquale Fiore, *Droit international privé*, nos 222 et 223.

malités prescrites par l'article 546 du Code de procédure, en tant qu'il renvoie à l'article 2123 (1), rien n'eût semblé plus rationnel. Mais de là à déclarer que les actes passés à l'étranger ne pourraient en principe conférer hypothèque sur les biens situés en France, de là à refuser tout effet à la volonté des parties, il y avait loin. Par un acte reçu dans les formes du pays où l'on se trouve, on peut, conformément à la règle de droit international *Locus regit actum*, démembrer ou transférer, à titre gratuit aussi bien qu'à titre onéreux, la propriété d'un immeuble français ; pourquoi faire une exception à cette règle quand il s'agit d'hypothéquer ce même immeuble ?

En réalité, la disposition de l'article 2128 nous paraît être, comme celle de l'article 2127, le résultat regrettable d'une réminiscence de l'ancien droit, où l'on faisait une confusion entre l'hypothèque et l'acte exécutoire. Aujourd'hui, le point

(1) L'art. 546 renvoie distributivement à l'art. 2123 du Code civil pour les jugements des tribunaux étrangers, et à l'article 2128 du même Code pour les actes passés à l'étranger. Il n'y a donc pas dans nos lois d'autre règle que celle de l'art. 2128 pour indiquer comment celui qui est créancier en vertu d'un acte passé en pays étranger peut arriver à obtenir exécution en France. C'est dire qu'il n'y en a aucune. Aussi, à défaut de traité ou de loi politique, le créancier muni d'un tel acte ne peut-il, comme tout autre créancier, obtenir un titre exécutoire qu'en faisant rendre par un tribunal français un jugement de condamnation contre son débiteur. (MM. Félix et Demangeat, *op. et loc. cit.*, pp. 205 et s. ; Boitard, *Leçons de proc. civ.*, t. II, sur l'art. 546, *in fine* ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, p. 570, note 3).

de vue a totalement changé, et l'on concevrait très-bien que, sous certaines conditions sommaires, il fût admis que l'hypothèque pût résulter d'actes reçus à l'étranger. « Il semble, disait la Cour de Pau dans l'enquête administrative de 1841, que les contrats passés en pays étranger devraient donner hypothèque sur les biens de France, lorsqu'elle a été stipulée. Il n'y a aucune bonne raison pour leur refuser cet effet. Il tient plus au droit des gens qu'au droit civil. Tous les peuples sont intéressés à faire respecter les engagements, en quelque pays qu'ils aient été contractés, lorsqu'ils ne sont d'ailleurs contraires ni à la loi, ni aux mœurs, ni à l'ordre public, qui sont ici sans intérêt » (*Doc. hyp.*, t. III, p. 303).

255. Aussi, dans tous les projets de réforme hypothécaire qui ont été successivement élaborés chez nous, sans résultat d'ailleurs, a-t-il été question de modifier l'article 2128 (1); et la loi belge du 16 décembre 1851 n'a pas manqué de le remanier complètement. Voici comment s'exprime à cet égard l'article 77 de cette loi, qui remplace l'ancien article 2128 du Code civil : « A défaut de dispositions contraires dans les traités ou dans les lois politiques, les hypothèques consenties en

(1) V. les observ. des Cours d'Angers, de Montpellier, de Pau, de Rouen et de Rennes, *Doc. hyp.*, t. III, pp. 300 et s. — V. égal... l'art. 2118 du projet préparé en 1851 pour la troisième délibération.

pays étranger n'auront d'effet, à l'égard des biens situés en Belgique, que lorsque les actes qui en contiennent la stipulation auront été revêtus du visa du président du tribunal civil de la situation des biens. Ce magistrat est chargé de vérifier si les actes et les procurations qui en sont le complément réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus..... »

Il ne nous appartient pas de commenter la loi belge. Bornons-nous à faire observer que l'art. 77 ne déroge pas à l'article 546 du Code de procédure : il n'accorde pas force exécutoire aux actes reçus à l'étranger, par cela seul que le président du tribunal leur a donné son visa ; il dit seulement que ces actes ont effet à l'égard des biens situés en Belgique, c'est-à-dire qu'ils donnent naissance à l'hypothèque, effet qui leur était refusé par l'article 2128. Donc, pour exécuter l'acte d'hypothèque, le créancier devra se conformer aux prescriptions de l'article 546 du Code de procédure, et le faire déclarer exécutoire par un tribunal belge. Remarquons également que l'acte constitutif d'hypothèque doit avoir été reçu en la forme authentique. Ainsi, un Italien, dont la loi nationale autorise, nous le savons, la constitution d'hypothèque par acte sous seing privé, ne pourrait pas, en vertu d'un acte passé en cette forme dans son

pays, se prévaloir d'une hypothèque qui lui aurait été consentie sur un immeuble belge (1).

Le Code civil italien a, comme nous venons de le rappeler, supprimé l'authenticité obligatoire en matière de constitution d'hypothèque. D'autre part, aux termes de l'article 1990, les actes passés à l'étranger peuvent donner hypothèque sur les biens situés en Italie : ils n'ont besoin, à cet effet, que de la légalisation. De là cette question : un Français pourrait-il acquérir une hypothèque sur un immeuble italien en vertu d'un acte sous seing privé passé en France? Évidemment oui, répondons-nous, par cette excellente raison qu'un acte sous seing privé, qui n'est qu'un acte entre particuliers, est indépendant du pays où il a été passé. En vain prétendrait-on, en s'appuyant sur la règle *Locus regit actum*, que l'acte doit être authentique, parce que la loi française exige la forme authentique. En admettant qu'en Italie, contrairement à ce qui a lieu chez nous, cette règle fût applicable aux actes d'hypothèque, et non la loi de la situation de l'immeuble, il serait toujours vrai de dire que ce n'est pas la forme authentique ou sous seing privé qui obéit à la règle *Locus regit actum*, mais bien l'authenticité de la forme, ce qui est tout différent.

(1) V., au surplus, pour le commentaire de l'art. 77 de la loi belge, MM. Martou, *op. cit.*, t. III, nº 989 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, nos 456 et suiv.

256. Quoi qu'il en soit, du reste, des législations étrangères, la fâcheuse disposition de l'article 2128 est toujours en vigueur dans notre législation. Il en résulte que ceux de nos nationaux qui sont à l'étranger (1), et qui veulent emprunter sur un immeuble qu'ils ont en France, ne peuvent le faire qu'en venant passer le contrat devant un notaire français, ou tout au moins en envoyant du pays où ils se trouvent une procuration à l'effet d'hypothéquer, procuration sur la forme de laquelle bien des discussions sont encore possibles. Il est vrai que les chanceliers des consulats français font office de notaires pour nos nationaux (Ord. des 23 et 26 octobre 1833). Mais encore faut-il, pour avoir cette ressource, qu'il y ait un consulat dans le pays où l'on veut consentir l'hypothèque et que les deux contractants soient français.

Ajoutons toutefois que certaines conventions consulaires sont venues remédier en partie à cet état de choses. D'après ces conventions, dont le type est celle qui a été conclue entre la France et la Russie le 1er avril 1874 (2), les consuls, vice-consuls, chanceliers et agents consulaires, peu-

(1) Nous supposons, bien entendu, un pays étranger avec lequel nous n'avons aucun traité dérogeant à l'article 2128.

(2) Il a été conclu, paraît-il, de semblables conventions avec l'Espagne et l'Italie. V., dans le *Journal du Droit international privé* (1878, p. 632, et 1879, p. 581), les conventions conclues avec la Grèce (7 janvier 1876, art. 10 et 11) et la République de Salvador (5 juin 1879, art. 10 et 11).

vent recevoir les actes passés entre un ou plusieurs de leurs nationaux et d'autres personnes du pays dans lequel ils résident ; ils peuvent même recevoir les actes passés entre les sujets de ce dernier pays seulement, pourvu qne ces actes se rapportent exclusivement à des biens ou à des affaires à traiter sur le territoire de la nation à laquelle appartient le consul ou l'agent devant lequel ces actes sont passés. Les actes ainsi reçus ont la force et la valeur d'actes notariés passés en France.

257. Quant aux traités dont l'article 2128 prévoit l'éventualité, il n'y en a eu, à notre connaissance, que deux jusqu'à ce jour, tous deux antérieurs au Code civil. Le premier en date est celui du 24 mars 1760, entre la France et la Sardaigne, dont l'article 22 est ainsi conçu : « De la même manière que les hypothèques établies en France par actes publics sont admises dans les tribunaux de Sardaigne, l'on aura aussi pareil égard dans les tribunaux de France pour les hypothèques qui seront constituées à l'avenir par contrats puulics en Sardaigne. » Le second, conclu entre la France et la Suisse en 1777, habilite les contrats passés en Suisse à produire hypothèque en France, et *vice-versa*. Un arrêt de la Cour de Cassation a décidé formellement qu'il était encore e nvigueur sur ce point, aucune disposition n'y ayant jusqu'à présent

dérogé (Civ. rej., 10 mai 1831, *Sir.*, 31, 1, 195). Mais il importe de remarquer que les actes passés en Suisse ou en Sardaigne ne peuvent conférer hypothèque en France qu'autant que le créancier appartient à la nation sur le territoire de laquelle le contrat est passé ; on rentrerait dans la règle générale si le créancier appartenait à une autre nation au profit de laquelle il n'y aurait pas de traité semblable. C'est ainsi que, dans l'arrêt auquel nous renvoyons plus haut, la Cour de Cassation a refusé de valider une hypothèque consentie en Suisse au profit d'un Milanais sur un immeuble français (Cf. M. Pont, *op. cit.*, n° 667).

Une seule question pourrait faire difficulté, celle de savoir si l'hypothèque aurait effet en France alors même que la constitution faite à l'étranger ne remplirait pas toutes les conditions imposées par la loi française, si, par exemple, elle manquait du caractère de spécialité, dont il va être traité dans la partie suivante. Quelques auteurs (1) ont pensé que, du moment que la spécialité n'est pas exigée par la législation du pays où l'hypothèque a été consentie, celle-ci doit être validée, attendu que le but poursuivi par les traités est précisément de rendre efficaces en France les hypothèques constituées conformément à la loi

(1) Persil, sur l'art. 2128, n° 4; Delvincourt, t. III, p. 159, n° 5 ; Dalloz, *Rép.*, v° Privil. et Hypoth., n° 1282.

étrangère. C'est aller beaucoup trop loin, car, ainsi que le fait remarquer M. Pont (*op. et loc. cit.*), l'hypothèque en question est avant tout une hypothèque française, devant comme telle être constituée conformément aux lois françaises. Nous n'avons pas, d'ailleurs, à insister autrement sur cette controverse qu'il est facile d'éviter au moyen d'une clause formelle insérée dans le traité.

258. L'article 2128 prévoit également le cas où une loi politique contiendrait une disposition contraire au principe qu'il pose. Il ne peut s'agir évidemment que d'une loi française. Dans l'état actuel, il n'existe dans notre législation aucune loi ayant permis aux contrats d'hypothèque passés à l'étranger d'avoir leur effet en France. L'article 2128 ne fait donc que consacrer la possibilité de semblables lois.

259. Les cas exceptés mis à part, le créancier, auquel une hypothèque aura été consentie sur un immeuble français par un acte passé en pays étranger, ne pourra que se pourvoir devant les tribunaux français, non pas pour faire valider par eux l'hypothèque destinée à garantir sa créance, mais pour obtenir contre son débiteur, en vertu de cette créance, un jugement de condamnation, d'où résultera en sa faveur une hypothèque judiciaire. Cette hypothèque, à la différence de celle qu'eût produite le contrat, s'étendra sur tous les biens du

débiteur, mais, par contre, elle ne pourra être inscrite, et, en conséquence, produire effet à l'égard des tiers que du jour de l'exigibilité de la dette (Loi du 3 septembre 1807) ; car le créancier qui invoque comme preuve de sa créance un acte public reçu à l'étranger, dans les formes étrangères, dans l'état de notre législation, au porteur doit être assimilé, d'un acte sous seing privé (Cf. Boitard, *op. et loc. cit.*).

260. Depuis la loi du 10 décembre 1874, qui a reconnu l'hypothèque maritime, on s'est demandé si l'article 2128 est applicable aux hypothèques constituées sur des navires en pays étranger. A notre avis, la négative ne saurait être douteuse. L'article 2128 n'a été édicté évidemment que pour les hypothèques immobilières, les seules possibles d'après le Code civil. Il est vrai qu'un grand nombre de règles posées pour l'hypothèque sur les immeubles s'appliquent à l'hypothèque sur les navires. Mais, en reproduisant certaines dispositions du Code civil, notamment l'article 2151 (art. 13, Lois de 1874 et de 1885), le législateur de l'hypothèque maritime a bien montré qu'il n'admettait pas que de plein droit les règles du Code civil sur l'hypothèque immobilière fussent étendues à l'hypothèque maritime. On ne saurait, en dehors d'un texte formel, faire cette extension que pour les dispositions du Code civil qui ne font que consa-

crer des règles du droit commun, et qui, par conséquent, eussent dû être admises même sans texte. Or, nous savons que tel n'est pas le caractère de la disposition de l'article 2128, que l'on s'accorde à considérer comme une dérogation injustifiable aux principes généraux du droit, d'après lesquels un acte passé à l'étranger produit en France tous ses effets, sauf ceux qui se rattachent à la force exécutoire (1).

Aussi faut-il sans hésitation écarter l'article 2128. Nous sommes d'autant plus à l'aise pour proposer cette solution que l'hypothèque maritime, à la différence de l'hypothèque terrestre, peut, ainsi que nous l'avons dit plus haut, être constituée dans un acte sous seing privé. A plus forte raison, en concluons-nous, une semblable hypothèque est-elle valablement consentie dans un acte authentique passé en pays étranger (En ce sens, MM. Lyon-Caen et Renault, *op. et loc. cit.*, nº 2519. — Cf. Civ. cass., 25 novembre 1879, *Sir.*, 80, 1, 257, avec une note de M. Lyon-Caen).

(1) V., sur le caractère exceptionnel de l'article 2128, le discours prononcé par M. Valette à la séance de l'Assemblée nationale législative du 26 décembre 1850, *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, publiés par MM. Hérold et Lyon-Caen, t. II, p. 573 et suiv.

QUATRIÈME PARTIE

DES ÉNONCIATIONS EXIGÉES POUR LA VALIDITÉ DE L'ACTE CONSTITUTIF

---

261. Dans les deuxième et troisième parties de notre travail, nous avons vu quelles sont les conditions requises dans la personne de celui qui consent une hypothèque et quelle doit être la forme de l'acte constitutif. Il nous reste à déterminer les énonciations que doit contenir cet acte, énonciations dont l'ensemble constitue ce que l'on appelle la *spécialité de l'hypothèque*.

Nous n'avons plus, d'ailleurs, à justifier le principe de la spécialité. Qu'il nous suffise de renvoyer aux explications déjà données à cet effet (V. *suprà*, Première partie, § VIII) et de rappeler que, malgré ses avantages multiples et incontestables, la spécialité n'a pas été posée en principe par notre Code civil pour les hypothèques légale et judiciaire. Elle se présente donc à nous comme constituant la marque distinctive, le caractère même de l'hypothèque conventionnelle.

Pour que la spécialité atteigne complètement son but, il est indispensable, nous le savons, que l'acte détermine tout ensemble et l'immeuble ou les immeubles grevés et le montant de la créance garantie, car, s'il convient d'individualiser le gage hypothécaire, encore faut-il que les tiers et le débiteur lui-même puissent apprécier au juste la somme pour laquelle ce gage est affecté. De là une division tout indiquée en deux chapitres, le premier consacré à la spécialité quant aux biens, le second, à la spécialité quant à la créance.

CHAPITRE PREMIER

DE LA SPÉCIALITÉ QUANT AUX BIENS

262. L'idée générale est que le titre constitutif de l'hypothèque doit donner, sur l'immeuble ou les immeubles qu'il s'agit d'affecter, des indications suffisamment précises pour empêcher toute erreur ou confusion, non seulement de la part des tiers, mais aussi de la part du débiteur, dont l'attention doit être appelée sur chacun des biens qu'il soumet à l'hypothèque. A cette fin, l'article 2129 exige que l'acte authentique constitutif de la créance, si c'est par cet acte que l'hypothèque est établie, ou l'acte authentique dressé spécialement

pour la constitution de l'hypothèque, si celle-ci est consentie postérieurement à l'obligation, *déclare spécialement la nature et la situation des immeubles....*

Ces énonciations sont requises par la loi à peine de nullité de la constitution de l'hypothèque. Nous en avons déjà conclu, dans notre première partie, (V. *suprà*, n° 72), que l'on ne peut suppléer à l'absence ou à l'insuffisance de spécialité dans le titre constitutif de l'hypothèque par les énonciations faites ultérieurement dans l'inscription.

263. La loi ne dit pas ce qu'il faut entendre par *nature* et *situation* d'un bien, mais ce sont là des expressions faciles à définir. La *nature* ou, ce qui est la même chose, l'*espèce* d'un immeuble (art. 2148), s'entend de l'état de sa superficie, autrement dit de son mode d'exploitation (Dalloz, *Rép.*, v° Privil. et Hypoth., n° 1292). Ainsi l'acte constitutif devra déclarer si le bien offert en garantie est un bâtiment, une ferme, une fabrique, une cour, un jardin, une terre labourable, un pré, une vigne, une houblonnière, un bois, une chènevière, etc... Quant à la *situation* d'un immeuble, c'est, comme le dit fort justement M. Pont « la place qu'il occupe dans telle ou telle circonscription territoriale par rapport à d'autres immeubles qui y sont également situés » (*op. cit.*, n° 673). Il faudra donc indiquer dans quelle partie du territoire

de la commune est situé l'immeuble grevé de l'hypothèque, donner la rue et le numéro, s'il s'agit d'une maison sise dans une ville; le nom du bien, s'il en a un, les tenants et les aboutissants (arg. art. 64, Pr.), etc... En un mot, la loi veut qu'on individualise l'immeuble d'une manière aussi complète que possible, ce qui, au surplus, ne présente aucune difficulté quand le constituant hypothèque un seul immeuble.

264. L'application de la loi est plus difficile quand il s'agit d'hypothéquer, non plus un seul bien, mais un ensemble de biens. C'est qu'en effet l'article 2129 du Code civil, plus rigoureux que l'article 4 du 11 brumaire an VII, qui n'exigeait que l'indication de la nature et de la situation *des immeubles*, veut que l'acte déclare *spécialement* la nature et la situation de *chacun des immeubles* sur lesquels est consentie l'hypothèque.

La question s'est posée notamment dans la pratique, où nous constatons à regret un certain laisser-aller dans l'application de l'article 2129, de savoir si, dans certains cas particuliers, par exemple, lorsque l'affectation porte « sur tous les biens que le constituant possède dans l'étendue de tel arrondissement hypothécaire ou de telle commune », il est satisfait au vœu de la loi, en ce qui concerne la spécialité, par cette désignation collective. Pour soutenir l'affirmative, on dit

qu'aucune erreur ou confusion de la part des tiers n'étant à craindre, puisqu'ils sont prévenus que tous les biens appartenant au constituant dans la commune ou dans l'arrondissement sont atteints par l'hypothèque, l'indication spéciale de chacun des immeubles devient inutile (1).

Avec un pareil raisonnement, on est logiquement conduit à décider qu'une affectation peut être faite en bloc pour tous les immeubles que le constituant possède dans l'étendue d'une ou plusieurs communes, d'un ou plusieurs arrondissements, d'un ou plusieurs départements, et on est ainsi entraîné à autoriser une constitution faite en termes aussi généraux que possible.

Est-il besoin de faire remarquer que ce système heurte manifestement de front le texte de l'article 2129 qui exige, comme condition essentielle pour la validité de l'hypothèque, une désignation de la nature et de la situation de chaque immeuble considéré individuellement? Donc, en supposant même que la spécialité ait été requise uniquement dans l'intérêt des tiers, il resterait toujours vrai de dire que la loi, si rigoureuse soit-elle, doit être avant tout respectée dans sa lettre. Mais, en dépit de nos tendances antiformalistes, nous pensons,

(1) V., en ce sens, Grenier, *op. cit.*, t. I, nº 71 ; Troplong, *op. cit.*, t. II, nº 536 *bis*. — Riom, 15 avril 1826, *Sir.*, 28, 2, 188 ; Grenoble, 27 juillet 1829, *Dall.*, 30, 2, 120 ; Nancy, 30 mai 1843, *Sir.*, 43, 2, 547.

avec la majorité des auteurs, qu'en la circonstance présente les exigences de la loi sont pleinement justifiées. Ainsi que nous l'avons déjà dit dans notre première partie, le principe de la spécialité n'a pas seulement été introduit dans l'intérêt des tiers, mais aussi dans l'intérêt du débiteur, dont la loi veut que l'attention soit appelée sur chacun des immeubles qu'il donne en hypothèque, afin qu'il ne se laisse pas entraîner à épuiser sans nécessité son crédit par une constitution trop étendue. D'ailleurs, le système que nous repoussons n'atteint même pas le but qu'il poursuit : la désignation collective dont il se contente ne procure, en effet, qu'une publicité incomplète, car, le constituant pouvant acquérir de nouveaux biens dans la même circonscription, les tiers seront obligés de rechercher les dates des acquisitions successives, partant de consulter des titres, de les discuter au besoin, pour arriver à distinguer les immeubles qui lui appartenaient lors de la constitution, seuls atteints par l'hypothèque, de ceux qui lui sont advenus depuis, qui y échappent. Ce n'est certes pas là ce qu'a voulu notre législateur en édictant les dispositions de l'article 2129 (1).

(1) V., dans le sens de notre opinion, MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 278, texte et note 58 ; Pont, *op. cit.*, nº 674 ; Laurent, *op. cit.*, t. XXX, nos 504 et 505. — Civ. cass., 23 août 1808, *Dev. et Car.*, Coll. nouv. II, 1, 571; Aix, 30 août 1809, *Sir.*, 10, 2, 82 ; Civ. cass., 20 février 1810, *Sir.*, 10, 1, 178 ; Req. rej., 19 fév. 1828, *Sir.*, 28, 1, 354 ; Civ. rej., 26 avril 1852, *Sir.*, 52, 1, 513.

N'osant nier l'évidence, certains notaires ont prétendu se mettre d'accord avec la loi en faisant la désignation des biens grevés dans les termes généraux suivants : « Le débiteur consent hypothèque sur tous les immeubles qu'il possède dans telle commune ou dans tel arrondissement, consistant en maisons, usines, cours, jardins, terres labourables, bois, prés, vignes et autres natures de propriété. » Et la jurisprudence, même celle de la Cour de Cassation, que nous venons pourtant de voir opposée au système de la désignation collective, leur a donné raison, en disant qu'une telle indication de la situation et de la nature des biens hypothéqués remplit suffisamment le vœu de l'article 2129 (1).

Est-ce là cependant la désignation spéciale et nominative de la nature de chaque immeuble, dont parle l'article 2129 ? Évidemment non, et cette formule ne respecte pas plus la loi que celle qui est condamnée par la Cour suprême. C'est, comme le dit fort bien M. Laurent (*op. et loc. cit.*, n° 506), une *simagrée puérile*. Qu'on ne vienne même pas soutenir qu'une constitution faite dans

(1) V., en ce sens, Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 6, n° 64 ; Persil, sur l'art. 2129, n° 4 ; Dalloz, *Rép.*, v° Privil. et Hypoth., n° 1294. — Paris, 21 février 1850, *Dall.*, 52, 5, 306 ; Req. rej., 12 mars 1867, *Dall.*, 67, 1, 347 ; Req. rej., 25 novembre 1868, *Dall.*, 69, 1, 149 ; Trib. civ. Niort, 19 mai 1883, *Le Droit*, 30 mai 1883.

ces termes empêche les tiers d'être induits en erreur, car, en admettant que l'intérêt des tiers décide de la validité des hypothèques, il est permis de mettre en doute qu'ils puissent, dans ce cas plutôt que dans le précédent, distinguer les immeubles qui appartenaient au constituant lors de l'affectation, et qui, par suite, sont soumis à l'hypothèque, de ceux qui, lui étant advenus plus tard, n'y sont pas compris.

Mais nous n'irons pas jusqu'à dire avec M. Laurent (*op. et loc. cit*, n° 508) que, s'il s'agissait d'hypothéquer un domaine, corps de ferme ou métairie, composé de bâtiments, prés, terres labourables, etc....., soumis à une même exploitation, la simple indication du nom de ce domaine et de sa situation ne répondrait pas aux exigences de la loi, car, ainsi que l'expriment fort nettement MM. Aubry et Rau, « l'exploitation commune à laquelle sont soumis tous les immeubles composant un domaine, en forme un seul fonds (*universitas facti)*, qui est suffisamment désigné par sa situation et le nom sous lequel il est connu » *(op. et loc. cit.*, p. 279, texte et note 59). A l'appui de cette considération (1), on peut tirer un argument d'analogie de l'article 64 du Code de procédure civile, qui est ainsi conçu : « En matière réelle ou mixte, les exploits énonceront la nature de l'héritage, la commune, et, autant qu'il est possible, la

(1) Cpr. *suprà*, n° 88.

partie de la commune où il est situé, et deux au moins des tenants et aboutissants; s'il s'agit d'un domaine, corps de ferme ou métairie, il suffira d'en désigner le nom et la situation : le tout à peine de nullité. » Est-il besoin d'ajouter que la jurisprudence est en ce sens (V. notam. Req. rej., 10 février 1829, *Dall.*, 29, 1, 144)?

265. Au reste, la loi ne disant pas en quels termes doit être faite la désignation de la nature et de la situation de chacun des immeubles hypothéqués, il faut en induire qu'il appartient aux juges du fond de décider en fait si, dans telle ou telle circonstance, l'indication est suffisamment claire et précise. A cet égard, leur appréciation est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de Cassation, qui ne connaît que des questions de droit. Or, ici, la question de droit est celle de savoir si la constitution hypothécaire répond, sous le rapport de la spécialité, aux prescriptions de l'article 2129, c'est-à-dire si l'acte contient la désignation de la nature et de la situation de chacun des biens hypothéqués ; quant à décider comment doit être faite cette désignation, quels éléments doivent y entrer, c'est une pure question de fait. Il en est de même du point de savoir si tel ou tel des immeubles du constituant est compris parmi ceux qui sont frappés par l'hypothèque (1).

(1) V., là-dessus, MM. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 280, texte et notes 60, 61 et 62 ; Pont, *op. cit.*, nº 675 ; Laurent, *op. et loc.*

266. Il va de soi que le principe de la spécialité ne fait pas obstacle à ce que le constituant hypothèque à la fois tous les immeubles qu'il possède, mais il faut, bien entendu, que chacun de ces immeubles soit nominativement désigné dans l'acte constitutif. C'est, au surplus, ce que dit expressément l'article 2129 : « Chacun de tous ses biens présents peut être nominativement soumis à l'hypothèque. »

267. Après avoir déterminé, aussi clairement qu'il l'a fait, les éléments dont devait se composer la spécialité quant aux biens, le législateur aurait pu, pensons-nous, se dispenser d'ajouter que « les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués ». N'est-ce pas là une conséquence évidente et forcée du principe de la spécialité? Comment, en effet, serait-il possible d'indiquer, dans l'acte constitutif de l'hypothèque, la nature et la situation de biens qu'on a seulement l'espérance, plus ou moins fondée, d'acquérir un jour, et dont on ignore encore la consistance, le nombre, la valeur? Une telle hypothèque affecterait nécessairement tous ces biens en bloc, d'une manière générale, ce que la loi défend formellement (1).

cit., nº 509. — Civ. rej., 15 février 1836, *Sir.*, 36, 1, 471 ; Req. rej., 8 avril 1844, *J. Pal.*, 1844, t. I, p. 573 ; Req. rej., 12 juillet 1881, *Sir.*, 82, 1, 222.

(1) V., d'ailleurs, sur le sens de la prohibition de l'hypothèque des biens à venir, ce que nous avons dit plus haut sous le nº 99.

268. Si donc un débiteur consentait une hypothèque générale, embrassant à la fois tous ses biens présents et à venir, cette hypothèque serait nulle comme violant la règle de la spécialité. Ce point ne saurait être contesté. Mais une question nous vient à l'esprit, celle de savoir si le constituant, ou son héritier, pourrait se prévaloir de cette nullité. Est-ce que l'obligation de garantie que nous avons constatée à sa charge ne va pas paralyser son action ? Nous ne le croyons pas, parce qu'il s'agit ici, non pas d'une simple nullité relative, introduite dans l'intérêt de certaines personnes déterminées, mais d'une nullité radicale et absolue, d'ordre public, résultant d'une infraction à la loi, et pouvant, par suite, à défaut d'un texte ou d'un principe contraires, être invoquée par tout intéressé. La doctrine est unanime en ce sens (1). Quant à la jurisprudence, qui considère la spécialité comme établie presque exclusivement dans l'intérêt des tiers, on s'explique jusqu'à un certain point qu'elle ait pu quelquefois refuser au débiteur le droit d'opposer la nullité en question. C'est ce qu'a fait la Cour de Toulouse, par un arrêt du 6 mars 1819 (2), en disant que la nullité résultant du défaut ou de l'insuffisance de

(1) Grenier, *op. cit.*, t. I, nº 65 ; Martou, *op. cit.*, t. III, nº 999 ; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 280, texte et note 63 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, nos 511 et 512.

(2) *Dev. et Car.*, Coll. nouv., V, 2, 95. — V. égal, Pau, 23 août 1834, *Sir.*, 35, 2, 120.

spécialité a été édictée uniquement pour protéger les tiers et qu'il est de règle que les nullités relatives ne peuvent être invoquées que par ceux en faveur desquels a été introduite la règle dont l'omission donne lieu à la nullité. La solution de la Cour de Toulouse serait très-acceptable, si l'intérêt des tiers était ici seul en jeu ; mais nous savons combien cette idée est inexacte. En exigeant la spécialité, la loi a tenu compte de tous les intérêts, de celui du débiteur non moins que de celui des tiers, et c'est parce que tous les intérêts sont ici confondus que, dans le silence de la loi, tous les intéressés doivent être admis à se plaindre. Aussi approuvons-nous fort un arrêt de la Cour de Bourges, rendu en ce dernier sens à la date du 17 janvier 1816 (*Dev. et Car.*, Coll. nouv., VI, 2, 38).

269. Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, qu'en l'espèce, l'obligation de garantie dont est tenu le constituant doive demeurer sans aucun effet. N'oublions pas que l'intention évidente du créancier a été d'avoir une hypothèque qui lui assurât le paiement de sa créance, et que c'est à cette condition qu'il a fait crédit au débiteur. Il y a donc, de la part de ce dernier, engagement implicite de constituer une hypothèque valable, engagement qui doit, en justice et en équité, recevoir son exécution, en dépit de la nullité de la constitution

hypothécaire. Or, pour assurer cette exécution, il faut reconnaître au créancier le droit de réclamer au débiteur une nouvelle garantie, non viciée comme la première, autrement dit une hypothèque spéciale (1). A ceux qui objectent qu'un acte radicalement nul ne peut être la source d'un droit au profit du créancier (2), nous répondons que ce qui est nul, c'est uniquement l'hypothèque, mais que la nullité de l'hypothèque ne fait pas que l'engagement de fournir une garantie ne subsiste, pleinement valable, à la charge du débiteur. Et, si celui-ci ne spécialise pas l'hypothèque, le juge pourra lui en intimer l'ordre, sans pour cela encourir le reproche de condamner le débiteur à accorder autre chose que ce qu'il a promis ; car, ce que le débiteur a promis, c'est une garantie sérieuse, effective ; comme le fait remarquer M. Laurent, c'est précisément parce qu'il a voulu la donner trop forte qu'elle s'est trouvée nulle. Au surplus, comme un jugement ne saurait avoir la vertu de conférer une hypothèque conventionnelle (V. *suprà*, n° 252 *in fine*), le créancier aurait évi-

(1) En ce sens, Persil, sur l'art. 2129, n° 1 ; Grenier, *op. cit.*, t. I, n° 67 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, n° 513. — Bruxelles, 27 juin 1821, *Pasic. belge*, 1821, p. 412.

(2) Duranton, *Cours de dr. fr.*, t. XIX, n° 364 ; Troplong, *op. et loc. cit.*, n° 515 ; Martou, *op. et loc. cit.*, n° 1000 ; Pont, *op. cit.*, n° 678. — Aix, 16 août 1811, Dalloz, *Rép.*, v° Privil. et Hypoth., n° 1346.

demment le droit, si le débiteur se refusait obstinément à exécuter la sentence, c'est-à-dire à passer un nouvel acte constitutif, de réclamer immédiatement le remboursement de sa créance ; il serait, en effet, contraire à l'équité et à l'intention des contractants que le débiteur pût retenir les deniers qui lui ont été prêtés (c'est le cas le plus ordinaire), alors qu'il refuse de remplir les conditions sous lesquelles il les a reçus (arg. art. 1184 et 1188, C. civ.). Et le jugement qui le condamnerait à effectuer ce remboursement emporterait sur ses biens une hypothèque générale, mais valable cette fois.

270. Le législateur de 1804, après avoir établi le principe de la spécialité et prohibé en conséquence l'hypothèque des biens à venir, y a apporté une dérogation considérable : « Si, dit en effet l'article 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. »

271. Cette disposition a été l'objet de nombreuses et vives critiques. A la page 20 du rapport qu'il présenta, au nom de la commission de l'Assemblée législative, sur le projet de réforme du régime hypothécaire, M. de Vatimesnil a exprimé en termes saisissants le sentiment qui a dominé, sur

notre sujet, dans les discussions auxquelles cette réforme a donné lieu en France de 1849 à 1851 : « La faculté accordée par l'article 2130, a écrit l'honorable rapporteur, est presque nulle dans la pratique des affaires, et, si l'on en usait, elle serait peu morale. Quel est, en effet, l'individu qui peut se faire un moyen de crédit de ses biens à venir ? En général, c'est le fils de famille, qui escompte ainsi d'avance la succession de ses parents. Et quels sont les hommes qui peuvent consentir à lui prêter sur un gage aussi éventuel ? Trop souvent des usuriers qui trouvent, dans l'énormité de l'intérêt ou dans des stipulations frauduleuses, l'équivalent du risque auquel ils s'exposent (1). »

272. L'influence énorme qu'eurent ces considérations dans la discussion des divers projets soumis à l'Assemblée législative, aurait probablement amené la suppression de l'article 2130, si la loi sur la réforme du régime hypothécaire avait été votée en 1851. Elles ne laissèrent pas néanmoins d'avoir leur contre-coup dans quelques législations étrangères, qui, à la suite des conquêtes du premier Empire, avaient adopté et conservé notre Code civil. Ainsi, elles contribuèrent dans une large mesure à empêcher le législateur belge de

(1) V. aussi le rapport fait par M. Bethmont au nom du Conseil d'État, p. 45 ; les observations des Cours d'Agen et de Rennes, et des Facultés de Caen et de Grenoble, dans l'enquête administrative de 1841, *Doc. hyp.*, t. III, pp. 332, 341, 342.

reproduire, dans la loi du 16 décembre 1851, la disposition dont nous nous occupons (1). En Italie, le Code des Deux-Siciles, qui contenait la même disposition, a été abrogé après l'unification de l'Italie, et le nouveau Code civil de 1865 pose sans restriction le principe que l'hypothèque conventionnelle ne peut être établie sur les biens à venir (art. 1977). De même, la loi hypothécaire espagnole du 8 février 1861 a consacré sans aucune exception le système de la spécialité. Nous pourrions encore citer d'autres pays, qui, tout en conservant notre Code civil, en ont retranché la disposition de l'article 2130 ; mais les quelques exemples que nous venons de donner suffisent amplement à montrer que l'hypothèque des biens à venir, même réduite à n'être qu'une simple exception, tend à disparaître de toutes les législations.

273. Et pourtant il est permis de se demander si les dangers auxquels la disposition de l'article 2130 expose les prodigues peuvent être un seul instant mis en balance avec la faveur que mérite l'honnête travailleur, dénué de fortune, que la possibilité d'offrir pour gage à ses créanciers les biens dont il deviendra propriétaire, sauvera peut-être de la ruine, en l'aidant à créer ou à rétablir son crédit. C'est l'idée qu'exprimaient, dans l'en-

(1) V., à ce propos, MM. Marlou, *op. et loc. cit.*, nº 1001 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, nº 515.

quête administrative de 1841, les Cours d'appel, qui, en majorité d'ailleurs, se prononcèrent pour le maintien de l'article 2130 (Observations des Cours d'Angers, de Grenoble, de Montpellier et de Pau, *Doc. hyp.*, t. III, pp. 332, 338 et 339). Peut-on, au surplus, considérer comme immoral un moyen de crédit que le droit romain et l'ancien droit ont admis sans la moindre limitation ? S'il est vrai qu'il livre à la cupidité des usuriers les dissipateurs, il n'est que trop juste aussi que ces derniers, peu dignes d'intérêt et, au demeurant, peu nombreux, soient sacrifiés aux citoyens probes et laborieux, qui constituent la majorité (V., en ce sens, M. Pont, *op. cit.*, n° 681).

On peut ajouter, et cette considération nous semble péremptoire, que l'hypothèque ainsi constituée n'est pas, à proprement parler, une hypothèque générale ; elle reste encore soumise en un certain sens au principe de la spécialité, si ce n'est dans la constitution, du moins dans l'inscription. En effet, quand il s'agit de l'hypothèque vraiment générale, l'inscription prise dans un bureau atteint de plein droit tous les immeubles du débiteur compris dans l'arrondissement du même bureau, même ceux qui lui surviendront postérieurement (art. 2148 *in fine*). Dans notre cas, au contraire, tout bien, qui entre dans le patrimoine du constituant, est, il est vrai, immédia-

tement frappé par l'hypothèque ; mais, ainsi que nous allons le voir plus loin (n° 277), cette hypothèque n'a de rang et n'est par suite efficace qu'à dater de l'inscription prise sur chacun des biens, au fur et à mesure des acquisitions : une inscription prise à l'origine et par anticipation serait impuissante à la faire valoir.

274. L'article 2130 n'admet d'ailleurs l'hypothèque des biens à venir qu'en cas d'absolue nécessité, lorsque les biens présents (1) du constituant, déduction faite des charges, dont ils sont déjà grevés, sont insuffisants pour la garantie de la créance. Et cela devait être, car, si le Code avait autorisé le débiteur à demander à ses biens à venir un crédit que ses biens présents peuvent aisément lui fournir, il aurait ruiné par là même le principe qu'il s'était donné la peine de poser dans l'article précédent.

275. L'insuffisance des biens présents doit, de plus, être déclarée dans l'acte constitutif ; sinon

(1) Malgré la généralité de l'expression *biens présents*, dont s'est servi le législateur, il ne s'agit évidemment ici que des biens *susceptibles d'hypothèque*. Si l'examen de la suite des idées dans les articles 2129 et 2130 pouvait laisser subsister le moindre doute à cet égard, il suffirait, pour n'en plus avoir, d'observer que la loi parle des biens présents *et libres*, c'est-à-dire non encore grevés d'hypothèques. Aussi n'hésiterions-nous pas à regarder comme valable une constitution d'hypothèque portant sur des biens à venir, alors même que, d'autre part, à raison des autres éléments de son patrimoine, le débiteur aurait quant à présent une solvabilité suffisante. V., en sens contraire, M. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, n° 97 *bis* II.

l'hypothèque des biens à venir serait nulle, quand même les biens présents seraient réellement insuffisants, ce qui n'empêcherait pas, au surplus, la validité de l'hypothèque des biens présents suffisamment spécialisés, car il y aurait alors en quelque sorte une double constitution d'hypothèque, l'une valable, celle des biens présents et spécialisés dans l'acte, l'autre nulle, pour défaut de déclaration d'insuffisance, celle des biens à venir. La constitution ne serait nulle pour le tout que si les parties avaient déclaré purement et simplement que l'hypothèque frapperait sur les biens présents et à venir : c'est qu'en effet il y aurait là un retour au principe de la généralité, que la loi prohibe formellement (V. M. Pont, *op. cit.*, n° 684).

276. Mais si la déclaration d'insuffisance est contraire à la vérité, si les biens existants offrent au créancier une sûreté suffisante, la constitution d'hypothèque des biens à venir restera-t-elle néanmoins valable? Évidemment non. L'article 2130 ne se borne pas, en effet, à exiger une déclaration d'insuffisance : il veut aussi et avant tout que les biens présents soient réellement insuffisants, et c'est à cette condition seule qu'il autorise l'hypothèque des biens à venir. On a beau dire qu'il n'existe aucun texte donnant aux tribunaux le droit d'apprécier cette déclaration (Duranton, *op.*

et loc. cit., n° 378). Est-il donc besoin d'un texte pour permettre aux tribunaux de faire respecter les prohibitions de la loi? Si l'on admettait, d'ailleurs, la validité de l'hypothèque consentie dans ces conditions, la déclaration d'insuffisance deviendrait de style, et la règle prohibitive de l'hypothèque des biens à venir, consacrée par l'article 2129, serait violée d'une façon constante. Aussi faut-il décider sans la moindre hésitation que les tiers intéressés peuvent s'autoriser de la déclaration mensongère ou erronée du constituant, pour faire prononcer la nullité de l'hypothèque des biens à venir (1). « Je crois même, dit Troplong (*op. et loc. cit.*, n° 539), que le débiteur lui-même pourrait prouver que les biens présents étaient suffisants, et obtenir la liberté des biens à venir, car il aurait à cela un véritable intérêt, et le créancier ne pourrait s'en plaindre, puisqu'il trouverait dans les biens présents de quoi satisfaire ».

277. Lorsque les deux conditions que nous venons d'étudier se trouvent remplies, le débiteur est admis à consentir, selon les expressions de la loi, que chacun des biens qu'il acquerra par la suite demeure affecté à la sûreté de la créance, à mesure des acquisitions.

(1) En ce sens, MM. Pont, *op. et loc. cit.*; Thézard, *op. cit.*, n° 66-2° et 3°. — En sens contraire, M. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, n° 97 *bis* IV.

La question s'est posée, à ce propos, de savoir si l'hypothèque donnée dans les termes de l'article 2130 frappe les biens futurs indépendamment de toute inscription nouvelle, comme le ferait une hypothèque judiciaire, ou bien si elle doit être vivifiée, au fur et à mesure des acquisitions, par une inscription prise spécialement sur chacun des biens advenus au constituant. Pour nous, le doute n'est pas possible en présence des expressions dont se sert l'article 2130. On ne peut, en effet, sans les méconnaître, en induire que le législateur a entendu, dans le cas qui nous occupe, abandonner complètement le principe de la spécialité ; il y a bien, dans l'article 2130, une exception à la règle posée dans l'article 2129, en ce que le constituant peut hypothéquer des biens dont il ne désigne ni la nature, ni la situation ; mais là doit s'arrêter la portée de cette exception, car le texte de l'article 2130 *in fine*, loin d'autoriser l'interprète à conclure que l'hypothèque dont il s'agit grèvera, dès à présent et par le simple effet du consentement du débiteur, tous les biens à venir, et prendra rang, par rapport à ces biens, à dater de l'inscription une fois effectuée, dit au contraire que chacun des biens ne sera affecté qu'à mesure des acquisitions et fait déjà pressentir par là même qu'une inscription spéciale sera nécessaire après l'entrée de chacun des immeubles dans le

patrimoine du constituant. Cette manière de voir trouve ensuite sa confirmation dans l'économie de l'article 2148. Après avoir posé en règle générale que le bordereau d'inscription doit contenir l'indication de l'espèce et de la situation des biens hypothécaires, cet article ajoute : « Cette dernière disposition n'est pas nécessaire dans le cas des hypothèques légales ou judiciaires : à défaut de convention, une seule inscription, pour ces hypothèques, frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau. » N'est-ce pas dire nettement que l'exception à la spécialité de l'inscription ne s'applique pas à l'hypothèque conventionnelle? Ce qui décide la question, car, du moment que l'inscription doit porter l'indication de l'espèce et de la situation des biens soumis à l'hypothèque, il en résulte, par la force même des choses, que cette inscription ne pourra pas précéder l'acquisition des biens par le constituant.

Cet argument est tellement décisif qu'on a quelque peine à concevoir qu'il n'ait pas rallié tous les suffrages (1). Pour soutenir que l'inscription primitive atteint de plein droit tous les immeubles futurs, à mesure qu'ils sont acquis par le constituant, on a invoqué la différence de rédaction existant entre l'article soumis à la discussion par

(1) V., en sens contraire au nôtre, Favard de Langlade, *Rép.*, v° Hypoth., sect. 2, § 3, n° 10 ; Rolland de Villargues, *Rép. du Notariat*, v° Hypoth., n° 282. — Angers, 14 juillet 1842, *Sir.*, 42, 2, 469.

la Cour de Cassation et celui qui a été adopté définitivement. La Cour de Cassation proposait de dire que « si les biens présents et libres du débiteur étaient insuffisants pour la sûreté de la créance, il pourrait, en exprimant cette insuffisance, consentir que le créancier *pût s'inscrire sur chacun des biens à venir, à mesure de leur acquisition...* » (Fenet, *Trav. prép.*, t. II, p. 660). Or, le texte de l'article 2130 ne mentionnant plus la nécessité d'une inscription, ce changement de rédaction est, en a-t-on conclu, la preuve évidente d'un changement d'opinion chez les rédacteurs du Code.

Il y a longtemps déjà qu'un jurisconsulte éminent (1) a écarté victorieusement cette objection, en faisant remarquer que notre article, placé parmi les dispositions qui ont trait à la constitution de l'hypothèque conventionnelle, n'avait pas à s'occuper de l'inscription, à laquelle le Code consacre un chapitre spécial, et qu'il est dès lors tout naturel que le législateur en ait effacé une expression relative à une matière distincte, dont il devait être traité plus loin. Les explications dont l'article 2130 a été l'objet dans les diverses phases de la discussion, au Conseil d'État, au Tribunat et au Corps législatif (Fenet, *op. cit.*, t. XV,

(1) M. Pont, *Revue de Législation*, 1846, t. II, p. 327 ; *Journal du Notariat*, nº 243 ; *Revue critique*, t. V, p. 18.

pp. 251, 496, 464) n'autorisent pas le moindre doute sur la pensée des rédacteurs de la loi à cet égard.

Nous reconnaissons volontiers que, dans notre système, le créancier pourra voir son hypothèque sur les biens futurs devenir illusoire par l'effet d'hypothèques légales ou judiciaires, antérieures aux acquisitions nouvelles ; nous ne nions pas non plus qu'il aura à craindre d'être primé par des hypothèques conventionnelles que le débiteur pourrait conférer à un autre créancier sur des biens nouvellement acquis, avant qu'il eût connaissance de leur acquisition. Mais l'existence de ces dangers, inhérents d'ailleurs à toute hypothèque conventionnelle, n'est pas une raison suffisante pour qu'on étende à l'hypothèque de l'article 2130 une faveur exceptionnelle, que la loi n'accorde qu'aux hypothèques légales et judiciaires. C'est la solution qui prévaut en doctrine et en jurisprudence (1).

278. Bien que pouvant s'étendre sur les biens à venir, l'hypothèque de l'article 2130 n'en demeure

(1) *Adde* aux articles de M. Pont, précités : Persil, sur l'art. 2130, nos 5 et 6 ; Grenier, *op. cit.*, t. I, no 62 ; Troplong, *op. et loc. cit.*, no 540 ; MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 273, p. 337, texte et note 4 ; Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*, no 97 *bis* I ; Thézard, *op. cit.*, no 66 *in fine*. — Paris, 23 février 1835, *Sir.*, 35, 2, 209 ; Poitiers, 23 février 1844, *Sir.*, 45, 2, 212 ; Civ. cass., 27 avril 1846, *Sir.*, 46, 1, 369 ; Grenoble, 17 février 1847, *Sir.*, 48, 2, 55 ; Paris, 20 janvier 1888, *Gaz. Pal.*, 88, 1, 793.

pas moins hypothèque conventionnelle. Aussi, peut-on soutenir, en s'appuyant sur la disposition finale de l'article 2161, que la règle posée dans cet article ne lui est pas applicable (M. Pont, *op. cit.*, n° 687). Cependant, MM. Aubry et Rau (*op. et loc. cit.*, § 282, p. 399, texte et note 6) donnent au débiteur l'action en réduction de l'article 2161, en se fondant sur l'intention même des parties, « qui, en constituant et en acceptant une hypothèque sur les biens à venir, à raison de l'insuffisance des biens présents, ne sont censées avoir voulu le faire que dans la mesure nécessaire pour garantir pleinement la créance ». Cette considération a, selon nous, une grande valeur et nous fait hésiter entre les deux solutions.

279. Avant de clore nos explications sur l'article 2130, il nous reste à dire quelques mots d'une question sur la solution de laquelle l'accord est loin d'exister dans la doctrine : c'est la question de savoir si le débiteur qui n'a pas de biens présents peut hypothéquer ses biens à venir. La jurisprudence et plusieurs auteurs très-considérables admettent la négative, en se fondant sur ce que la disposition de notre article est exceptionnelle et doit, en conséquence, être restreinte au cas spécial qu'elle prévoit. Or, dit-on, la loi ne parlant que de celui dont les immeubles présents sont insuffisants, entend par là même que le débi-

teur doit avoir des biens présents pour pouvoir hypothéquer ses biens à venir (1).

Ce raisonnement, fort logique en apparence, ne saurait nous convaincre. Pour être logiques jusqu'au bout et rester conséquents avec eux-mêmes, les partisans de ce système devraient, nous semble-t-il, décider que l'hypothèque des biens à venir est également impossible quand le débiteur n'a pas de biens *libres*, c'est-à-dire quand la valeur de l'immeuble ou des immeubles présents qu'il offre en garantie est déjà absorbée en partie ou en totalité par une ou plusieurs hypothèques antérieures. En effet, si l'on ne se trouve plus dans les termes de l'article 2130 quand le débiteur n'a pas de biens *présents*, on n'est plus davantage dans les termes de cet article quand il n'a pas de biens *libres*, et l'hypothèque des biens à venir ne doit pas être plutôt permise dans le second cas que dans le premier. Or, personne n'admet cette dernière solution qui, si elle est, dit-on, conforme à la lettre de la loi, est par trop contraire à son esprit (M. Pont, *op. cit.*, n° 683). Pourquoi dès lors, en concluons-nous, ne pas rejeter aussi la pre-

(1) En ce sens, Persil, sur l'art. 2130, n° 7 ; Duranton, *op. et loc. cit.*, n° 375 ; MM. Pont, *op. cit.*, n° 688 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 269, texte et note 27. — Rouen, 18 août 1820, *Sir.*, 21, 2, 247 ; Lyon, 9 avril 1845, *Sir.*, 46, 2, 185 ; Dijon, 25 avril 1855, *Dall.*, 56, 2, 210 ; Nancy, 22 août 1867, *Sir.*, 68, 2, 109 ; Civ. cass., 30 janvier 1872, *Dall.*, 74, 1, 99 et 100.

mière, s'il est démontré qu'elle va directement contre la pensée du législateur ? Et cette démonstration est facile quand on se rappelle que notre article a été inspiré par le désir de venir au secours du débiteur malheureux, en faisant naître ou en relevant son crédit. Est-ce que celui qui ne possède rien n'est pas plus digne de faveur et n'a pas plus besoin qu'on lui vienne en aide que celui qui a des biens présents ? La loi n'a pas pu se montrer injuste au point de refuser son secours à celui dont la position le réclame le plus impérieusement. Si donc le débiteur dont les biens présents sont insuffisants est autorisé à hypothéquer ses biens à venir, il est manifeste qu'*a fortiori* la même faculté doit être accordée à celui qui n'a actuellement aucun bien.

On nous oppose la lettre de l'article 2130. Nous venons de dire ce qu'il faut penser de cet argument de texte ; mais nous voulons bien néanmoins tenir compte des termes dont s'est servi le législateur, car ils proviennent, selon nous, d'une association d'idées qui s'explique aisément. En effet, dans l'article 2129, la loi défend l'engagement des biens à venir, tant que le débiteur a des biens présents et suffisants pour répondre de sa dette ; puis, continuant la même hypothèse dans l'article suivant, elle déclare qu'au cas où les biens dont il vient d'être question, c'est-à-dire les biens présents, sont

insuffisants, les biens à venir pourront être hypothéqués. L'article 2130 ne parle donc des biens présents insuffisants que par opposition à l'hypothèse où il y a des biens présents suffisants, mais il n'entend nullement poser comme condition de l'engagement des biens à venir l'existence actuelle d'immeubles dans le patrimoine du débiteur. Admettre le contraire, c'est faire gratuitement une distinction inique que la loi ne fait pas et méconnaître les intentions bienveillantes du législateur.

C'est en vain que les partisans de l'opinion adverse nous objectent que l'affectation hypothécaire des biens à venir ne peut être que subsidiaire, et doit, pour être permise, se rattacher, comme un supplément de garantie, à une affectation de biens présents. Troplong (*op. et loc. cit.*, n° 538 *bis*) a depuis longtemps fait justice de cet argument, qui n'est après tout qu'une simple conjecture, en répondant « que l'hypothèque ne s'étend pas des biens présents sur les biens à venir, comme elle s'étend du principal à l'accessoire, ou de la chose même à ses améliorations ; l'hypothèque des biens à venir peut subsister par elle-même sans qu'il y ait des biens présents. C'est ce qui a lieu dans les hypothèques légales et judiciaires toutes les fois que le débiteur n'a pas de fortune actuelle. En principe, chaque immeuble forme par lui-même une assiette hypothécaire indépendante

et qui n'a rien de commun avec les hypothèques qui grèvent les fonds appartenant au même propriétaire. Où a-t-on vu que les biens à venir ne soient sujets à l'hypothèque que comme accessoires des biens présents ? Ce sont, au contraire, les biens présents qui forment le principal obstacle à l'hypothèque conventionnelle des biens à venir... »

A quelles inconséquences, d'ailleurs, n'aboutit-on pas dans le système que nous combattons ? Voilà un débiteur qui n'a que quelques mètres carrés de mauvaise terre, et qui peut hypothéquer ses biens à venir, tandis que celui qui n'a aucun immeuble présent ne le peut pas ? En vérité, est-il raisonnable de faire une différence aussi marquée entre ces deux situations ? Et cette comparaison ne nous montre-t-elle pas qu'en pratique rien n'est plus facile que d'éluder la prétendue prohibition de l'article 2130 à l'endroit du débiteur qui n'a pas de biens présents, puisqu'il suffit à ce dernier d'acheter une parcelle de terrain du prix le plus minime pour acquérir le droit d'hypothéquer ses biens à venir ? La loi n'a pas dû certainement être inconséquente à ce point, et nous regrettons que la jurisprudence, qui sait si bien d'ordinaire allier la logique à l'équité, ait persisté jusqu'à présent à les méconnaître dans la question que nous venons d'examiner (1).

(1) V., en notre sens, outre Troplong déjà cité, MM. Grenier, *op. cit.*, t. I, nº 63 ; Rolland de Villargues, *op. et loc. cit.*, nº 274 ;

280. Dans le texte auquel nous avons renvoyé plus haut, MM. Aubry et Rau assimilent, et cette assimilation se conçoit dans leur système, le cas où le débiteur, n'engageant pas ses immeubles présents, ne voudrait hypothéquer que ses biens à venir, à celui où le débiteur, ne possédant actuellement aucun immeuble, voudrait hypothéquer ses biens à venir. Il est bien entendu, et nous n'avons pas à insister autrement sur ce point, que nous ne repoussons la solution admise par ces éminents auteurs qu'en ce qui a trait au débiteur qui ne possède actuellement aucun immeuble, et qu'au contraire nous l'approuvons pleinement vis-à-vis de celui qui, possédant des biens présents et libres, ne voudrait affecter que ses biens futurs. C'est qu'ici, en effet, nous ne nous trouvons plus dans le cas pour lequel le législateur a cru devoir édicter l'article 2130. Nous comprenons à merveille, ainsi que nous l'avons déjà dit, qu'on

Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, nº 97 *bis* II ; Thézard, *op. cit.*, nº 66-1º ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, t. III, nº 1277. — Besançon, 29 août 1811, *Sir.*, 33, 2, 526, à la note. — Nous ne pouvons invoquer, à l'appui de notre solution, l'autorité considérable de M. Colmet de Santerre, sans ajouter que, si l'on admet avec ce savant auteur que la loi exige dans l'article 2130 l'insuffisance des biens quelconques du débiteur, meubles et immeubles (V. *suprà*, p. 656 note 1), la question que nous venons de résoudre ne saurait même être posée, car, suivant les propres expressions de M. Colmet de Santerre, « il n'est pas possible de supposer une personne qui n'a pas de *biens* ; n'eût-elle que les vêtements qui la couvrent, ces biens peuvent être insuffisants dans toute la rigueur du mot ».

se refuse alors à faire une brèche inutile au principe de la spécialité et qu'on exige d'abord du débiteur qu'il hypothèque ses biens présents, avant de l'autoriser à demander à l'avenir le crédit dont il a besoin.

281. Dans nos explications sur l'article 2130, nous avons toujours supposé que l'hypothèque des biens à venir était consentie par le débiteur lui-même. Nous ne pensons pas cependant, et en cela nous sommes d'accord avec M. Colmet de Santerre, qu'une pareille constitution soit interdite à un tiers garantissant la dette d'autrui. En effet, il n'y a pas plus de raison pour s'en tenir au mot *débiteur*, employé par la loi, dans l'article 2130 que dans l'article 2129. Or, tout le monde admet qu'un propriétaire peut constituer sur ses biens présents une hypothèque pour la dette d'autrui ; d'où il suit que, la même expression figurant dans les deux articles, il faut en conclure que, dans l'un comme dans l'autre, la loi a prévu simplement le *id quod plerumque fit* (V. M. Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*, n° 97 *bis* V).

282. Après s'être occupé, dans l'article 2130, du cas où les biens offerts en garantie sont insuffisants lors de la constitution de l'hypothèque, le Code a été entraîné à s'expliquer, dans l'article suivant, sur le cas où le gage hypothécaire, d'une valeur suffisante au moment du contrat, ne devient

insuffisant que par suite d'événements postérieurs.

Et de même que, dans la première hypothèse, il a admis une dérogation au principe de la spécialité, en autorisant l'affectation des biens à venir, de même, dans la seconde, il va permettre, au détriment de ce même principe, l'engagement de biens qui n'ont pas été spécialisés lors de la constitution hypothécaire. Tel est vraisemblablement le lien, quelque peu factice, qui unit l'article 2131 au précédent, de sorte que ces deux articles nous apparaissent comme contenant chacun une exception à la règle de la spécialité. C'est, du moins, ce qu'on peut induire du mot « pareillement », par lequel débute l'article 2131 : « Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri, ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque. »

283. Et pourtant, si l'on comprend aisément que la loi soit venue en aide au débiteur dont les biens sont insuffisants au moment du contrat, on s'explique moins facilement, au premier abord, qu'elle ait cru devoir venir au secours du créancier dont le gage hypothécaire périt ou éprouve des dégradations. Car, peut-on dire, du moment

que les biens hypothéqués ont péri ou éprouvé des dégradations sans la faute du débiteur, celui-ci n'en a pas moins rempli tous ses engagements et ne doit plus rien au créancier (art. 1302). Il est donc, semble-t-il, contraire aux principes généraux du droit de le mettre dans l'alternative ou de fournir un supplément d'hypothèque ou d'être contraint au remboursement immédiat de la créance. Rigoureusement, ce raisonnement n'est guère contestable. Mais la disposition de l'article 2131 se justifie par des motifs d'équité qui sont décisifs. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que le créancier n'a consenti à faire des avances au débiteur, à lui donner du temps pour se libérer, qu'en considération et sous la condition de la sûreté qui lui était offerte ; si donc cette sûreté est détruite ou si elle est diminuée, le débiteur, bien que n'étant pas en faute, ne peut, d'après la loi du contrat, conserver le bénéfice du terme qui lui a été accordé qu'en rétablissant la garantie qu'il a dû donner pour l'obtenir (Cf. art. 2020, en matière de cautionnement. — V., sur ce point MM. Pont, *op. cit.*, n° 689 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, n° 516 ; Martou, *op. cit*, t. III, n° 1005 ; Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*, n° 98 *bis* I). Ajoutons que la disposition de l'article 2131 est éminemment favorable au débiteur, en ce que son crédit augmente en raison directe de la solidité de la garantie qu'il peut offrir au créancier.

284. Dans la justification que nous venons de faire de l'article 2131, nous avons supposé une créance à terme. C'est bien, en effet, l'hypothèse prévue par le législateur, autrement il n'aurait pas eu besoin d'autoriser par un texte spécial le créancier à poursuivre dès à présent son remboursement. L'article 2131 suppose, en outre, qu'il y a eu perte totale ou partielle du gage hypothécaire ; mais il omet de nous dire si cette perte est ou n'est pas le fait du débiteur. Malgré cela, on est d'accord pour décider que notre article ne vise que le cas où la sûreté du créancier est atteinte par un fait indépendant de la volonté du débiteur, car l'autre cas, celui où c'est par le fait du débiteur que la sûreté se trouve diminuée, est déjà prévu et réglé d'une façon spéciale par l'article 1188. De sorte que, loin de viser la même hypothèse et de la résoudre dans un sens différent, comme on pourrait le penser, les articles 1188 et 2131 ont chacun leur domaine propre et se concilient à merveille. C'est, du reste, ce qui ressortira jusqu'à l'évidence des explications qui vont suivre.

285. Un mot, d'abord, du cas où le gage hypothécaire est détruit ou dégradé par le fait ou la faute du débiteur. Ainsi le débiteur avait donné au créancier une hypothèque sur sa maison ou sur son domaine, et voilà qu'il démolit la maison

ou fait abattre une futaie qui doublait la valeur du domaine. Ces cas rentrent dans les prévisions de l'article 1188 : le débiteur pourra être contraint à rembourser immédiatement, à moins, bien entendu, que le créancier ne veuille bien se contenter d'un supplément de garantie ; mais cela est purement facultatif de la part de celui-ci, qui peut, s'il le préfère, poursuivre dès à présent l'exécution de sa créance.

C'est en vain, d'ailleurs, que le débiteur lui opposerait que les sûretés qui restent, le sol sur lequel s'élevait la maison détruite, par exemple, ou les autres dépendances du domaine dégradé, ont encore une valeur suffisante pour la garantie de sa créance. L'article 1188 est formel à cet égard : il suffit de la diminution du gage par le fait du débiteur, pour que celui-ci ne puisse plus réclamer le bénéfice du terme. Il y a là comme une sorte de peine qui frappe le débiteur par cela seul qu'il a par son fait entamé, dans une proportion quelconque, la sûreté qu'il avait donnée par le contrat à son créancier.

286. Toute différente est la situation qui est faite par la loi au débiteur, quand la perte ou les dégradations du gage hypothécaire sont survenues sans son fait ni sa faute. Nous arrivons ainsi à l'explication de l'article 2131, dont il importe, avant tout, de bien préciser l'hypothèse.

Cet article suppose une insuffisance provenant de la *perte* ou de la *dégradation* de l'immeuble hypothéqué, autrement dit une insuffisance matérielle. Il est donc étranger à l'insuffisance qui serait le résultat d'une diminution dans la valeur de l'immeuble, par suite notamment d'une crise industrielle ou agricole, d'une guerre, d'une révolution, d'un changement de route ou de la translation dans un autre lieu d'un établissement public. Car, dans toutes ces hypothèses, l'immeuble n'est pas altéré dans sa nature physique, il n'y a pas de dégradation matérielle, fait accidentel le plus souvent, mais seulement une dépréciation, c'est-à-dire un fait qui a dû entrer dans les prévisions du créancier lorsqu'il a accepté la sûreté offerte, les immeubles étant normalement sujets à diminuer aussi bien qu'à augmenter de valeur.

Il faut, de plus, que la détérioration matérielle de l'immeuble provienne d'un fait postérieur à la formation du contrat hypothécaire. On ne pourrait pas dire, en effet, d'immeubles déjà dégradés au moment où ils ont été hypothéqués, qu'ils *sont devenus insuffisants*. De quoi se plaindrait, d'ailleurs, le créancier qui a accepté une garantie trop faible? Sa position depuis le contrat n'est-elle pas exactement ce qu'il a voulu qu'elle fût? Aussi est-ce avec raison que les auteurs s'accordent à critiquer un arrêt de la Cour de Riom, qui a décidé que

le créancier pouvait exiger le remboursement, pour défaut de sûreté suffisante, dans un cas où cette insuffisance existait déjà lors du contrat et n'avait pas été augmentée depuis (1). Peu importe, au surplus, que l'insuffisance n'ait été découverte par le créancier qu'après la formation du contrat, car, s'il éprouve un préjudice, c'est à lui seul, à son extrême facilité ou à sa négligence, qu'il doit s'en prendre.

On doit, en outre, décider, bien que la loi ne s'en explique pas, qu'il est indispensable que la détérioration matérielle, non seulement soit postérieure à la formation du contrat, mais encore résulte de faits qui n'ont pu être prévus lors de ce contrat. Peut-on dire, en effet, que la loi du contrat est rompue, quand la diminution de valeur, subie depuis le contrat par le bien hypothéqué, provient, par exemple, d'actes de jouissance régulièrement accomplis par le débiteur, comme l'exploitation d'une mine, d'une carrière, ou la mise en coupe d'un bois taillis, d'une haute futaie aménagée ? A peine est-il besoin d'ajouter qu'il en serait de même si l'hypothèque constituée sur un immeuble indivis venait à tomber par suite d'une adjudication sur licitation prononcée au profit d'un copropriétaire du débiteur (Caen, 25 février

(1) Riom, 24 août 1810, *Sir.*, 13, 2, 221. — *Contra*, Rouen, 10 mai 1839, Dalloz, *Rép.*, v° Privil. et Hypoth., n° 1338.

1837, *Sir.*, 37, 2, 154). On peut en dire autant de l'hypothèque portant sur un immeuble sujet à réméré ou à toute autre condition, et venant à s'éteindre par suite de la réalisation de la condition. Au reste, il y aurait évidemment exception à ces principes, si le débiteur avait dissimulé frauduleusement au créancier la condition menaçant son droit. *Fraus omnia corrumpit.*

Enfin, il faut que le gage hypothécaire soit devenu insuffisant *pour la sûreté du créancier* : c'est ce qui résulte du texte même de l'article 2131. Cette exigence se conçoit, d'ailleurs, car le créancier n'a aucun intérêt à se plaindre tant que le montant de sa créance reste couvert par la valeur du bien hypothéqué. Il en serait autrement, nous l'avons vu, si la diminution de sûretés rentrait dans les prévisions de l'article 1188.

De tout cela (1), il ressort que l'hypothèse de l'article 2131 est celle d'une détérioration matérielle, survenue, sans le fait du débiteur, après la formation du contrat d'hypothèque, mais imprévue au moment de cette formation, et rendant le gage hypothécaire insuffisant pour la sûreté du créancier. Il s'agit, par exemple, d'une maison qui

(1) V., sur ces divers points, Duranton, *op. et loc. cit.*, nos 382 et suiv. ; Persil, sur l'art. 2131, no 5 ; MM. Pont, *op. cit.*, no 693 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 286, pp. 435 et 436, texte et notes 27, 28, 31 et 32 ; Laurent, *op. et loc. cit.*, nos 517 à 520.

s'écroule, d'un champ inondé, d'un bois incendié par le feu du ciel. Nous ne voyons aucune bonne raison pour ne pas assimiler à ces divers cas celui où les immeubles hypothéqués, se trouvant entre les mains de tiers détenteurs, ont péri ou éprouvé des dégradations par le fait de ces derniers (1).

287. Avant de déterminer quel est le droit du créancier dans l'hypothèse que nous venons de préciser, il n'est peut-être pas superflu d'examiner une difficulté qui, tout en se rattachant au commentaire de l'article 1188, ne se présente pas moins à l'esprit à propos de l'article 2131. C'est la question de savoir si le débiteur qui a aliéné en tout ou en partie l'immeuble hypothéqué peut être considéré comme ayant diminué la sûreté du créancier.

Pour la résoudre, on fait une distinction entre l'aliénation totale et non divisée, d'une part, et l'aliénation partielle, ou l'aliénation totale, mais divisée, d'autre part.

Dans les premiers cas, lorsque la totalité de l'immeuble hypothéqué a été aliénée au profit d'une seule et même personne, le créancier n'a aucune plainte à élever. Il a accepté d'avance, avec ses inconvénients, si tant est qu'elle en ait,

(1) En ce sens, MM. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 435, texte et note 30. — Orléans, 24 mars 1859, *Sir.*, 59, 2, 673.

la situation qui lui est faite, puisqu'il savait, lors-qu'il a traité avec le débiteur, que l'hypothèque n'enlevait pas à ce dernier le droit d'aliéner l'immeuble. Quels sont au juste, d'ailleurs, les inconvénients de sa position ? En bien cherchant, on en trouve un, bien petit au surplus, et qu'il lui est très-facile d'éviter : la prescription de l'hypothèque commence à courir, au profit d'un tiers acquéreur, même avant l'échéance du terme de la créance, et peut s'accomplir par dix à vingt ans, tandis qu'elle ne commence à courir, au profit du débiteur resté propriétaire, qu'à partir de l'échéance du terme de sa dette, et ne s'accomplit ordinairement que par trente ans (art. 2180-4°). A part cela, la position du créancier est, après l'aliénation de l'immeuble, aussi bonne que celle qu'il avait auparavant : si l'acquéreur purge, il paiera la dette tout entière; si, par son fait ou sa négligence, l'immeuble hypothéqué est dégradé, il en répond en sa qualité de détenteur, ce qui n'empêche pas, au surplus, le créancier de pouvoir alors invoquer contre le débiteur l'article 2131, ainsi que nous l'avons vu à la fin du numéro précédent. Dans ces conditions, nous ne voyons pas pourquoi le débiteur serait déchu du bénéfice du terme, comme tombant sous l'application de l'article 1188. Au reste, l'article 2167 tranche tous les doutes en reconnaissant au tiers acquéreur la

jouissance des termes et délais accordés au débiteur originaire.

Nous pensons, avec M. Pont (*op. cit.* n° 694), que la solution devrait être la même, par identité de motifs, dans l'hypothèse d'une aliénation partielle où la portion vendue procurerait un prix suffisant pour couvrir, en principal et accessoires, la créance à la garantie de laquelle l'immeuble avait été hypothéqué. On ne peut pas dire, en effet, qu'une pareille aliénation constitue une diminution de sûretés, et il serait dès lors inutile et même injuste d'entraver, par la menace d'une déchéance du terme, un droit dont l'hypothèque consentie n'a pas dépouillé le débiteur.

Mais, à part cette réserve, il en serait autrement si, le débiteur n'ayant aliéné qu'une partie de l'immeuble, ou l'ayant aliéné en totalité, mais au profit de personnes différentes, l'acquéreur, ou l'un des acquéreurs, opérait la purge de l'hypothèque. C'est qu'alors, la portion aliénée étant insuffisante pour garantir le montant intégral de la dette, le créancier serait contraint de recevoir un paiement partiel, à moins de s'exposer à perdre à la fois tout droit sur le prix et sur la chose, faute de se présenter à l'ordre ouvert sur le prix à la suite de la purge. Il y a évidemment dans cette circonstance diminution de sûretés à son préjudice, et il faut lui reconnaître le droit d'exiger son

remboursement immédiat. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Cassation, dans un arrêt rendu à la date du 9 janvier 1810 : « Attendu, dit l'arrêt, qu'en déclarant que l'aliénation d'une partie de l'immeuble hypothéqué diminuait, au préjudice du créancier, le gage de son hypothèque, par la faculté qu'a l'acquéreur de purger son acquisition ; que d'un autre côté, ce cas arrivant, le créancier, obligé de recevoir, en indemnité de cette diminution, le prix de la portion aliénée, serait, par cela même, exposé au morcellement de sa créance et à la nécessité d'en recevoir partiellement le prix, contre le vœu formel de la loi ; et que, sous ce double rapport, il était juste que l'aliénation partielle de l'immeuble hypothéqué donnât, au profit du créancier, ouverture au remboursement intégral de sa créance vis-à-vis de son débiteur direct, l'arrêt attaqué, loin de contrevenir à aucune loi, s'est, au contraire, parfaitement conformé à l'esprit de la législation... » (Req. rej., *Sir.*, 10, 1, 139). Personne, d'ailleurs, ne conteste au créancier le droit de se prévaloir de l'art. 1188 dans l'espèce que nous venons de proposer, c'est-à-dire quand, à la suite d'une aliénation partielle ou divisée, l'acquéreur, ou l'un des acquéreurs, s'est déjà mis en mesure d'opérer la purge de l'hypothèque.

Mais, ainsi qu'on peut déjà le pressentir à la

lecture de l'arrêt de 1810, la jurisprudence va plus loin encore, en décidant que le droit du créancier au remboursement immédiat est ouvert par le fait seul de l'aliénation partielle ou divisée du gage hypothécaire. Elle se fonde sur ce que, dès l'instant de l'aliénation partielle ou divisée, les sûretés résultant de l'hypothèque sont légalement diminuées par la possibilité pour le créancier d'être contraint de recevoir un paiement partiel, ou de se présenter à des ordres différents, ou même d'exercer des poursuites distinctes, et, par suite, d'avancer des frais plus considérables pour la réalisation de son gage (1).

C'est aller trop loin, pensons-nous avec bon nombre d'auteurs : tant que l'acquéreur ne s'est pas mis en mesure d'opérer la purge, il n'y a pas, en réalité, diminution de sûretés, comme l'exige formellement l'article 1188, mais simple possibilité de diminution. A ce compte, il faudrait décider, ce qui serait absurde, que le créancier peut invoquer la déchéance du bénéfice du terme même avant l'aliénation, puisqu'il est toujours possible au débiteur de consentir une aliénation

(1) Civ. cass., 4 mai 1812, *Sir.*, 12, 1, 321 ; Paris, 21 janvier 1814, *Sir.*, 15, 2, 54 ; Poitiers, 11 juin 1819 et 28 décembre 1831, *Sir.*, 32, 2, 636 ; Pau, 23 août 1834, *Sir.*, 35, 2, 120. — Dans le même sens, MM. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 429, note 14 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, 111 *bis* IV ; Larombière, *op. cit.*, t. III, sur l'art. 1188, nº 15.

partielle ou divisée. Comme nous le disions plus haut, il n'est pas bon de mettre des entraves inutiles au droit qui reste au débiteur d'aliéner l'immeuble sur lequel il a consenti une hypothèque. Au surplus, pour autoriser le créancier à poursuivre son remboursement, nous n'exigeons pas que la purge soit consommée ; il suffit qu'il y ait eu notifications à lui faites, dans les conditions et dans les formes prescrites par les articles 2183 et 2184, car ces notifications ne constituent pas seulement une menace de purge, mais un commencement d'exécution (1).

288. Voyons maintenant en quoi consiste le secours offert au créancier par l'article 2131, dans le cas où, sans qu'il y ait faute du débiteur, l'immeuble hypothéqué périt en totalité ou éprouve des dégradations qui le rendent insuffisant pour répondre de la dette.

Au premier abord, les termes de l'article 2131 paraissent laisser au créancier l'option entre le remboursement immédiat et un supplément d'hypothèque ; de sorte que, si cette manière de voir était admise, le cas qui nous occupe serait régi de la même façon que celui qui est prévu par l'article 1188, dont l'article 2131 ne serait plus qu'une

(1) V., en faveur de notre opinion, Toullier, *Dr. civ. franç.*, t. VI, nº 667 ; Duranton, *op. cit.*, t. XI, nºs 126 à 128, et t. XIX, nº 384 ; Troplong, *op. cit.*, t. II, nº 544 ; M. Pont, *op. cit.*, nº 694. — Cpr. Paris, 11 février 1815, *Sir.*, 16, 2, 214 ; Douai, 16 juin 1847, *Sir.*, 49, 2, 39.

extension. Il est à peine besoin de dire que cette interprétation doit être écartée sans la moindre hésitation ; on ne comprendrait pas, en effet, que la loi eût infligé au débiteur victime d'un cas fortuit qui a détruit ou détérioré l'immeuble hypothéqué, la même déchéance qu'à celui qui est le propre auteur de la perte ou de la dégradation. Vainement prétendrait-on qu'il n'y a ici qu'une application de l'article 1184, qui donne à la partie, envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, le choix entre la résolution (remboursement immédiat), et l'exécution du contrat (supplément d'hypothèque) : on ne peut pas dire que le débiteur n'a pas exécuté son engagement, puisqu'il a fourni au créancier l'hypothèque promise. Il est vrai que, par suite de cas fortuit ou de force majeure, celui-ci est privé, en totalité ou en partie, de la garantie qui l'avait déterminé à contracter. Cette circonstance lui donne incontestablement le droit d'actionner le débiteur en remboursement, puisque la condition sous laquelle il lui a accordé le terme n'est plus remplie ; elle lui permet aussi, pensons-nous, de réclamer, s'il le préfère, le rétablissement des conditions du contrat primitif, et de prendre, à cet effet, des conclusions tendant à l'obtention d'un supplément d'hypothèque. Mais il reste à savoir, et c'est là le point délicat, si le juge peut contraindre le débiteur à

accorder la satisfaction demandée, dès lors que ce dernier offre l'autre satisfaction, celle qui n'a pas fait l'objet des conclusions du créancier, autrement dit, il reste à savoir qui du débiteur ou du créancier a réellement l'option entre les deux partis.

Nous avons dit pourquoi ce choix ne pouvait être accordé au créancier, en dépit des expressions de la loi. Au surplus, ces expressions ne sont point tellement impératives qu'on ne puisse donner l'option au débiteur, le doute devant s'interpréter en faveur de celui-ci, par application de l'article 1190. Cette solution est d'autant plus équitable qu'en l'espèce le débiteur n'a commis aucune contravention à la loi du contrat, et qu'on ne voit pas pourquoi le créancier pourrait se plaindre de recevoir, à défaut du remboursement immédiat de sa créance, qu'il demandera presque toujours, une garantie équivalente à celle en considération de laquelle il avait d'abord consenti à accorder au débiteur du temps pour se libérer. Nous concluons donc que, dans l'alternative posée par l'article 2131, le choix appartient au débiteur, en ce sens que : si le créancier le poursuit en remboursement, il peut arrêter cette action en offrant un supplément d'hypothèque, pourvu d'ailleurs que ce supplément procure au créancier une garantie équivalente à l'ancienne ; si, au contraire, ce qui se présentera rarement, le créancier veut le contrain-

dre à donner un supplément d'hypothèque, il peut, soit qu'il n'ait point d'immeubles, soit qu'il ne veuille pas hypothéquer ceux qu'il possède, se soustraire à cette demande en remboursant immédiatement la créance. Cette opinion a été consacrée expressément par l'article 79 de la loi belge du 16 décembre 1851, qui reproduit la rédaction proposée en France, parmi les projets de réforme préparés en 1841, par la Faculté de droit de Caen (1). Elle compte d'ailleurs peu d'adversaires (2).

289. Dans le cas où, pour éviter le remboursement, le débiteur donne une autre hypothèque destinée à remplacer celle qui n'existe plus, il va de soi que cette autre hypothèque n'est pas subrogée à l'ancienne : c'est une hypothèque nouvelle, pour laquelle il faut, par conséquent, un nouvel acte de constitution, et qui n'aura de rang qu'à partir d'une nouvelle inscription à prendre par le créancier (V. M. Pont, *op. cit.*, n° 696, et les auteurs auxquels il renvoie).

290. Si le débiteur peut offrir un supplément d'hypothèque, encore faut-il, selon nous, que ce

(1) V., sur ce point, *Doc. hyp.*, t. III, p. 343 ; MM. Laurent, *op. et loc. cit.*, n° 523 ; Martou, *op. cit.*, t. III, n° 1005.

(2) V., en sa faveur, MM. Pont, *op. cit.*, n° 695 ; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 435, texte et note 29, et les autorités qu'ils citent. — Rouen, 10 mai 1839, Dalloz, *Rép.*, v° Privil. et Hypoth., n^os^ 1333 et 1338. — En sens contraire, Civ. cass., 17 mars 1818, *Sir.*, 18, 1, 260.

supplément d'hypothèque porte sur ses biens présents. Donc, au cas où ceux-ci seraient insuffisants, le créancier pourrait refuser de se contenter d'une hypothèque consentie dans les conditions de l'article 2130. En effet, malgré le mot *pareillement* qui relie l'article 2131 à l'article 2130, ce dernier article prévoit une hypothèse particulière, celle où, les biens du débiteur au moment de la convention étant insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci veut bien se contenter d'une hypothèque sur les biens à venir ; tandis que le premier règle une situation toute différente, car il suppose qu'à l'époque du contrat les biens présents du débiteur étaient suffisants pour donner au créancier une garantie complète, et il résulte bien de son esprit que le débiteur ne peut se soustraire au remboursement immédiat qu'autant qu'il rétablit une sûreté équivalente à celle qui avait d'abord déterminé le créancier à lui accorder un terme pour le paiement. Or, est-il vrai de dire qu'une sûreté éventuelle, comme l'hypothèque des biens à venir, offre une garantie aussi complète qu'une hypothèque concentrée sur un bien déterminé (1) ?

291. En revanche, il faut décider, en faveur du débiteur, que la disposition de l'article 2131 n'est

(1) En ce sens, MM. Pont, *op. cit.*, nº 697 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, nº 98 *bis* II. — *Contra*, M. Baudry-Lacantinerie, *op. et loc. cit.*, nº 1279.

pas applicable au cas où, le créancier ayant accepté, dans les conditions de l'article 2130, une hypothèque portant sur les immeubles futurs du débiteur, un ou plusieurs de ces immeubles, acquis depuis le contrat, périssent ou éprouvent des dégradations, de manière qu'ils deviennent insuffisants pour garantir la dette. Cette restriction, qui ressort du texte même de l'article 2131, s'explique à merveille, si l'on songe que le créancier ne peut légitimement se plaindre qu'autant qu'il y a diminution des sûretés en considération desquelles il a consenti à faire des avances au débiteur ; or, dans le cas présent, il n'a pas dû, au jour du contrat, compter d'une manière certaine sur tel bien plutôt que sur tel autre : il ne saurait donc prétendre que la sûreté en vue de laquelle il a fait crédit au débiteur est détruite ou diminuée, puisque cette sûreté, c'était l'avenir, et que l'avenir lui reste.

A plus forte raison faut-il en dire autant des hypothèques légales et judiciaires, et cela, non seulement parce qu'elles frappent tous les biens présents et futurs du débiteur, et, par suite, ne comportent pas de supplément possible, mais aussi parce que, en ce qui les concerne, la sûreté n'ayant point été réglée par la volonté des parties, il n'est pas admissible que le débiteur soit, à raison de la simple insuffisance de cette sûreté, mis dans l'alternative de la parfaire immédiatement ou de rembourser la créance.

Mais, si nous supposons que les hypothèques en question aient été restreintes à certains immeubles déterminés, soit par convention, ou par décision du conseil de famille (art. 2140 et 2141), soit par jugement (art. 2143 et s., 2161 et 2162), et que, plus tard, ces immeubles périssent par cas fortuit ou subissent par la même cause des dégradations les rendant insuffisants pour répondre de la dette, nous n'hésiterons pas à appliquer l'article 2131, car il est clair qu'en ces hypothèses, la spécialisation des hypothèques n'a été consentie ou ordonnée que dans la pensée que les immeubles étaient suffisants pour garantir la créance, et sous la condition tacite qu'ils resteraient tels (1).

292. La question de savoir si le débiteur, dont l'immeuble est détruit ou détérioré dans les conditions de l'article 2131, peut, moyennant l'offre d'un supplément d'hypothèque, se soustraire au paiement immédiat de sa dette, n'est pas sans présenter quelques difficultés lorsqu'elle se complique de cette circonstance que le débiteur a droit à une indemnité à raison de la perte ou de la détérioration de son immeuble. On se demande alors si le créancier ne pourrait pas refuser les nouvelles sûretés

(1) En ce sens, Troplong, *op et loc. cit.*, nº 544 ; MM. Pont, *op. cit.*, nº 700 ; Thézard, *op. cit.*, nº 67, p. 100. — Rouen, 6 juillet 1840, *Sir.*, 40, 2, 537.

hypothécaires à lui offertes par le débiteur, et prétendre exercer, avant terme, son droit de préférence sur l'indemnité due, en se fondant sur ce qu'elle représenterait la totalité ou une partie de son gage disparu ou amoindri. Posée en ces termes générales, la question est communément tranchée dans le sens de la négative, et ce, avec raison, car l'indemnité n'est pas l'immeuble, elle n'en est pas un reste ou une partie : elle n'est même pas assimilable au prix de l'immeuble, car elle n'est pas due à la suite d'une vente volontaire ou forcée. On ne saurait donc, en dehors d'un texte formel, la considérer comme subrogée, dans le patrimoine du constituant, à la totalité ou à une partie de l'immeuble détruit ou détérioré, et, par suite, le créancier serait mal venu à prétendre faire valoir sur elle son droit de préférence. Aussi le débiteur pourra-t-il l'obliger à se contenter d'un supplément d'hypothèque.

C'est ce qu'il faudrait décider notamment dans le cas où l'indemnité serait due, en vertu des articles 1382 et suivants, par un tiers responsable de la perte ou de la détérioration de l'immeuble grevé (1), ou encore s'il s'agissait de dommages-

(1) Toutefois, depuis quelques mois, la question pourrait faire difficulté (V. *infrà*, nº 294) dans le cas d'indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin, en vertu des articles 1733 et 1382 du Code civil. Il résulte en effet, de l'art. 3 de la loi du 19 février de l'année courante, que ces indemnités doivent être attri-

intérêts alloués à un acquéreur dépossédé, par suite de la résolution de son titre, de l'immeuble qu'il avait hypothéqué (1). Il en serait de même pour les indemnités dues par l'État, les départements, communes ou établissements publics, à raison de torts et dommages, même permanents, résultant de l'exécution de travaux publics. Ainsi, la Cour de Cassation a jugé que l'indemnité allouée au propriétaire d'une usine, à la suite de travaux publics exécutés sur les cours d'eau où elle est établie, constitue une indemnité purement mobilière, qui, dès lors, n'est pas soumise aux privilèges ou hypothèques grevant l'usine elle-même (Req. rej., 25 janvier 1869, *Sir.*, 70, 1, 260). A quoi bon, au surplus, multiplier les exemples? N'est-il pas hors de doute qu'un droit de préférence, droit exceptionnel de sa nature, doit être rigoureusement restreint aux cas spécialement prévus par la loi?

293. Avant une loi récente, la loi du 19 février 1889, ce principe, dans les termes où nous le posons, était fréquemment appliqué par les tribunaux à l'hypothèse très-pratique d'une indemnité due par une compagnie d'assurances au propriétaire dont l'immeuble a été détruit ou détérioré par un

buées aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang. V. *infrà*, nº 293.

(1) Bourges, 1er février 1831, *Sir.*, 31, 2, 253. — Cpr. Civ. rej., 22 août 1842, *Sir.*, 42, 1, 821 ; Orléans, 5 mars 1853, *Dall.*, 55, 2, 341.

incendie ou un autre fléau contre les risques duquel il avait été assuré. Une jurisprudence, absolument fixée depuis 1831, refusait au créancier hypothécaire ou privilégié, qui voyait ainsi périr son gage, tout droit de préférence sur l'indemnité. Et il y avait, de cette solution, deux raisons pour une : en effet, outre qu'il est impossible, pour les motifs que nous savons, d'assimiler au prix de l'immeuble l'indemnité promise par l'assureur, il faut de plus reconnaître que cette indemnité, loin d'être due, comme son nom semblerait l'indiquer, à titre de réparation du dommage causé par le sinistre, n'est que l'équivalent des primes touchées et des chances courues par l'assureur ; d'où il suit qu'elle n'est même pas une somme représentant à un titre quelconque, nous ne disons pas le prix, mais la valeur ou une partie de la valeur de l'immeuble détruit. En l'absence d'une subrogation établie par une disposition expresse de la loi, elle ne saurait donc être attribuée aux créanciers hypothécaires par préférence aux créanciers chirographaires : elle doit nécessairement faire retour au patrimoine mobilier sur lequel ont été prélevées les primes dont elle est la contre-valeur aléatoire, et devenir, par conséquent, le gage commun de tous les créanciers de l'assuré, pour être entre eux distribuée au marc le franc. C'était là, dans l'état antérieur à la loi de février dernier, une solution sur la-

quelle la doctrine et la jurisprudence étaient complètement d'accord (1).

Tout le monde (V. cep. M. Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*) reconnaissait, d'ailleurs, que le législateur aurait dû subroger l'indemnité d'assurance à l'immeuble assuré, car, d'une part, la justice exige que le créancier hypothécaire ne soit pas privé sans raison de la garantie en vue de laquelle il a consenti à traiter avec le débiteur, et, d'autre part, le contrat d'assurance étant essentiellement destiné à réparer une perte, et non à procurer un gain, c'est le dénaturer que d'en attribuer le bénéfice aux créanciers chirographaires de l'assuré, lesquels n'avaient rien à prétendre sur l'immeuble détruit, dans les limites du moins des créances hypothécaires. Cette solution, qui s'imposait en législation, avait été proposée et acceptée lors de la discussion de la réforme hypothécaire en 1851; elle devait faire l'objet du nouvel article 2094. Les premiers projets allaient même

(1) V. notam. Troplong, *op. cit.*, t. IV, nº 890 ; Dalloz, *Rép.*, vº Assurances terrestres, nº 84 *in fine* ; MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 293, p. 490, texte et note 14 ; Alauzet, *Des assurances*, t. I, nº 145 ; Pont, *op. cit.*, nº 698 ; Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, nº 99 *bis* IV. — Civ. cass., 28 juin 1831, *Sir.*, 31, 1, 291 ; Grenoble, 27 février 1834, *Sir.*, 34, 2, 367 ; Colmar, 11 mars 1852, *Sir.*, 53, 2, 317 ; Douai, 3 janvier 1873, Sir., 73, 2, 274 ; Trib. civ. Corbeil, 4 janvier 1882, *Jur. gén. des assur. terr.*, Bonneville de Marsangy, III, 283. — *Adde* : Trib. de l'Empire *(Reichsgericht)*, siégeant à Leipzig, 11 juillet 1881, *Sir.*, 82, 4, 33. — En sens contraire, Colmar, 25 août 1826, *Sir.*, 28, 2, 17 ; Rouen, 27 décembre 1828, *Sir.*, 30, 2, 163.

jusqu'à établir une assimilation complète entre les compagnies d'assurances, après le sinistre, et les tiers acquéreurs de l'immeuble hypothéqué (1); mais le projet préparé pour la troisième délibération y mettait cette réserve, que l'indemnité ne serait affectée aux créanciers privilégiés et hypothécaires par préférence aux créanciers chirographaires, qu'autant qu'elle « ne serait pas appliquée par l'assureur, conformément aux clauses du contrat, à la reconstruction, à la réparation ou au remboursement des objets assurés » (2).

Malheureusement, les projets de 1851 n'ont pas abouti, et il n'y avait guère chez nous, avant la loi du mois de février, qu'une loi spéciale, celle du 28 mai 1858, sur les négociations concernant les marchandises déposées dans les magasins généraux, qui donnât satisfaction, dans les limites restreintes de son objet, au *desideratum* général, en admettant que « les porteurs de récépissés et de warrants ont, sur les indemnités d'assurances dues, en cas de sinistres, les mêmes droits et privilèges que sur la marchandise assurée » (art. 10).

La loi du 10 décembre 1874, sur l'hypothèque maritime, avait, il est vrai, consacré une solution

(1) V. le rapport de M. de Vatimesnil, Supplément au Moniteur universel du 26 avril 1850.

(2) V. Moniteur universel, 12 décembre 1850, p. 3547 ; 2 juillet 1851, p. 1868. — *Doc. hyp.*, t. III, pp. 238, 243, 246 et s., 251, 252 et 256.

analogue dans son article 17, lequel subrogeait de plein droit, en cas de perte ou d'innavigabilité du navire, l'indemnité d'assurance au navire hypothéqué. Mais cette disposition, que s'est appropriée la législation belge (Loi du 21 août 1879 — livre II du Code de commerce — art. 149. — V. la note de M. Ch. Lyon-Caen, *Annuaire de Législation étrangère*, 1880, p. 541), avait soulevé, en France, les plus vives critiques, surtout de la part des assureurs, qui prétendaient qu'avec le principe de la subrogation légale, tel qu'il était formulé par l'article 17, aux termes duquel l'inscription de l'hypothèque valait opposition au paiement de l'indemnité d'assurance, ils étaient exposés, malgré toute leur prudence, au danger de payer deux fois, s'il arrivait, par exemple, qu'un créancier hypothécaire, dont l'inscription était périmée avant le sinistre, la renouvelât et fît ainsi opposition au paiement de l'indemnité, après que, sur la production d'un certificat négatif du receveur des douanes, ils auraient déjà versé cette indemnité à l'armateur (1). Ils ajoutaient qu'en tout cas, aucune indemnité ne pouvant être payée avec sécurité sans une vérification de la situation hypothécaire de l'assuré, ils étaient astreints à un surcroît de for-

(1) V. sur ce point, dans la *Gazette des Tribunaux* des 1er et 2 avril 1875, un article dans lequel M. Ch. Lyon-Caen fait justice de cette critique.

malités gênantes, qui les exposaient à des recours et entravaient le règlement des indemnités (Rapport de M. Barne au Sénat, *Journal officiel*, Doc. parl., 1883, p. 570). Justifiées ou non, ces critiques, qui ne furent pas les seules, ont amené l'abrogation de l'article 17 de la loi de 1874, par la loi du 10 juillet 1885.

La rigueur des règles du droit commun ne pouvait manquer de conduire les praticiens à chercher le moyen d'en atténuer les inconvénients. Ainsi, les actes de constitution d'hypothèque contenaient le plus ordinairement, pour ne pas dire toujours, au profit du créancier hypothécaire, une cession de la créance éventuelle résultant du contrat d'assurance. Pour éviter que l'indemnité ne fût payée entre les mains du débiteur assuré, le créancier signifiait la cession à l'assureur (art. 1690, C. civ.), et il n'avait plus, en général, à redouter qu'un sinistre lui fît perdre son droit de préférence.

D'autres combinaisons, dans le détail desquelles nous n'avons pas à entrer, étaient également employées par les prêteurs sur hypothèque, pour empêcher leur droit de préférence de s'éteindre par la perte de l'immeuble. Si, pour n'en citer qu'une, l'immeuble offert en garantie n'était pas assuré, ils faisaient de l'assurance et du transport à leur profit de la créance éventuelle d'indemnité une condition du prêt.

Mais ces divers procédés pratiques n'étaient que des palliatifs, et non un véritable remède. Ce qu'il fallait, c'était un article de loi subrogeant de plein droit l'indemnité à l'immeuble, comme cela existait déjà dans la plupart des législations étrangères, notamment en Belgique (Loi du 16 déc. 1851, art. 10), en Prusse (Code hyp. du 5 mai 1872, loi I, art. 80. — V. la traduction et les notes de M. Gide, *Annuaire de Législ. étrangère*, 1873, pp. 225-226), en Alsace-Lorraine (Loi du 4 juillet 1881. — Notice, traduction et notes de M. Gonse, *Annuaire de Législ. étrangère*, 1882, pp. 292 et s.), dans la partie de la Prusse rhénane où la loi française est encore en vigueur (Loi du 17 mai 1884, applicable dans le ressort de l'ancienne Cour d'appel de Cologne. — Notice, traduction et notes de M. Bufnoir, *Annuaire de Législ. étrangère*, 1885, pp. 203 et s.) et dans la principauté de Monaco (Code civil monégasque, promulgué le 25 octobre 1884, art. 1921. — *Annuaire de Législ. étrangère*, 1885, p. 457).

Enfin, cette lacune vient d'être comblée par la loi du 19 février 1889, laquelle décide, dans son article 2, que les « indemnités dues par suite d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypo-

thécaires, suivant leur rang » (1). L'article 3 ajoute: « Il en est de même des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin, par application des articles 1733 et 1382 du Code civil. »

294. Une question qui va certainement s'élever dans la pratique, à propos de l'application de la loi du 19 février 1889, c'est celle de savoir si, malgré la disposition qui attribue de plein droit au créancier hypothécaire l'indemnité d'assurance, le propriétaire de l'immeuble détruit ou détérioré ne conserve pas le droit de se prévaloir de l'article 2131. Peut-il, en offrant au créancier un supplément d'hypothèque, demander à toucher lui-même la somme due par la compagnie d'assurance?

L'immeuble a péri sans la faute du débiteur, la dette n'est pas échue, une sûreté équivalente à la sûreté disparue est offerte au créancier. Ce sont bien là les conditions requises par l'article 2131 pour que le débiteur puisse empêcher le créancier de poursuivre dès à présent son remboursement. Or, voici que la loi nouvelle autorise le créancier hypothécaire à réclamer directement à l'assureur le montant de l'indemnité d'assurance. Si la dette

(1) L'article 2 décide, en outre, que, si le débiteur de l'indemnité a payé avant de connaitre le droit de préférence, il ne peut être tenu de payer deux fois. On peut rapprocher cette disposition de ce que nous avons dit plus haut sur les causes qui ont amené l'abrogation de l'article 17 de la loi de 1874 en matière d'hypothèque maritime.

n'est pas échue, le créancier va pouvoir de cette façon obtenir son remboursement avant l'échéance. Rien de mieux, quand le débiteur ne peut pas ou ne veut pas lui donner une nouvelle sûreté hypothécaire : c'est l'application pure et simple de l'article 2131. Mais nous supposons que le débiteur, ayant, par exemple, besoin d'argent, soit pour faire reconstruire ou réparer l'immeuble détruit ou détérioré, soit pour toute autre cause, offre au créancier un supplément d'hypothèque, afin de pouvoir toucher lui-même l'indemnité d'assurance qu'il a stipulée. Peut-il, si le créancier s'y refuse, l'obliger à accepter son offre, en invoquant l'article 2131 ?

Pour nous, l'affirmative ne saurait être douteuse. L'indemnité payée par la compagnie d'assurances n'est pas le prix de l'immeuble assuré ; elle ne représente même pas, ainsi que nous l'avons déjà dit, la valeur ou une partie de la valeur de cet immeuble : elle n'est que l'équivalent des primes touchées et des chances courues par l'assureur. A-t-elle perdu ce caractère, parce que le législateur l'a attribuée de plein droit aux créanciers privilégiés et hypothécaires? Le soutenir serait, croyons-nous, méconnaître non seulement le texte, mais aussi, l'esprit de la loi nouvelle (1).

(1) Nous nous en tenons, pour l'affirmer, au texte de la loi et au but poursuivi par ses auteurs. En parcourant les travaux préparatoires (*Dall.*, 89, 4, pp. 29 et suiv.), on pourrait hésiter. Mais les

Nul n'ignore que, par l'art. 2 de cette loi, le législateur de 1889 n'a fait que garantir à tous les créanciers hypothécaires, pour ne parler que de ceux-là, un résultat que quelques-uns obtenaient antérieurement par un moyen détourné. Or, on n'a jamais prétendu, à notre connaissance, que la cession faite par le débiteur, au profit du créancier hypothécaire, de la créance éventuelle résultant du contrat d'assurance, avait pour effet de rendre l'indemnité due en cas de sinistre assimilable au prix de l'immeuble. Cette cession était une garantie de plus pour le créancier; elle le mettait à l'abri, dans une certaine mesure tout au moins, des chances de perte ou de diminution de sa sûreté; elle lui assurait, comme à tout cessionnaire de créance, un droit opposable aux tiers sur le montant de la créance. Mais, en passant dans le patrimoine du créancier hypothécaire, la créance cédée conservait le caractère qu'elle avait dans celui de l'assuré : elle n'était jamais que la créance de l'équivalent aléatoire des primes payées, et non celle d'une sorte de prix de vente. D'ailleurs, toute question de cession mise à part, en admettant, ce que nous contestons en droit, sinon en fait, que l'indemnité due en cas de sinistre représente dans le patrimoine de l'assuré la valeur de l'immeuble

opinions émises dans le cours d'une discussion ou même d'un rapport ne sauraient avoir l'autorité d'un texte.

détruit, elle n'en est toujours pas le prix, car on ne saurait, nous le répétons, assimiler à un prix de vente volontaire ou forcée l'indemnité payée en réparation d'un dommage. En aucune façon, par conséquent, la règle *Pretium succedit loco rei* n'est applicable à notre hypothèse.

Ce point admis, nous ne voyons pas quelle objection on pourrait faire contre la solution que nous défendons. Nous supposons bien entendu, sinon la difficulté ne se présenterait pas, que le débiteur n'a pas renoncé expressément ou implicitement au bénéfice de l'article 2131. Il y a, à cet égard, une question d'intention dont l'appréciation pourra être parfois délicate. Ainsi, avant la loi de février, alors que, par la clause d'usage que nous connaissons, le créancier hypothécaire se faisait céder par anticipation l'indemnité à payer par la compagnie d'assurances, il eût été difficile de soutenir que le débiteur n'avait pas, en acceptant cette clause, renoncé implicitement au droit de se prévaloir de l'article 2131, en tant du moins que l'exercice de ce droit eût dû empêcher le créancier de toucher l'indemnité cédée. Il en sera encore de même sous la loi nouvelle quand les parties auront inséré dans leur contrat une clause expresse de transport. Si, l'immeuble n'étant pas assuré lors du prêt hypothécaire, le prêteur avait imposé à l'emprunteur, comme une des conditions de la remise des

fonds, l'obligation de le faire assurer, il faudrait également décider que le débiteur ne saurait, sans violer la loi du contrat, prétendre toucher lui-même l'indemnité d'assurance en offrant une hypothèque supplémentaire.

Mais, le cas d'une clause expressément ou implicitement contraire mis à part, pour quelle bonne raison, demandons-nous, refuserait-on au débiteur la faculté d'option que lui confère l'article 2131 ? Cet article n'est pas, quoi qu'en disent MM. Aubry et Rau (*op. et loc. cit.*, § 285, p. 418, note 4), une disposition édictée uniquement pour soustraire le débiteur à la nécessité de trouver de suite une somme que, d'après la convention, il ne devait verser que plus tard, mais plutôt une disposition d'équité, introduite en faveur du créancier, auquel, *stricto jure*, en l'absence d'un texte formel en sens contraire, le débiteur ne devrait pas, sous peine d'être déchu du bénéfice du terme, être tenu de fournir un supplément d'hypothèque, alors que la perte de l'immeuble est survenue sans sa faute (V. *suprà*, n° 283). Dans ces conditions pour quel motif le créancier, qui ne court aucun risque, puisque le remboursement de sa créance sera garanti par une sûreté équivalente à la précédente, serait-il admis à priver le débiteur, auquel il n'a rien à reprocher, des facilités de paiement qu'il lui a volontairement accordées par le

contrat ? Le propriétaire de l'immeuble assuré peut avoir un besoin pressant de toucher lui-même le montant de l'indemnité due par la compagnie : permettre, dans les circonstances que nous prévoyons, au créancier hypothécaire de l'en empêcher, ne serait-ce pas en réalité autoriser gratuitement une rigueur que ne justifie ni la conduite du débiteur vis-à-vis du créancier, ni même l'intérêt de ce dernier ?

295. A s'en tenir à l'équité, on devrait, croyons-nous, admettre la même solution dans le cas où l'immeuble hypothéqué vient à être exproprié pour cause d'utilité publique. Il semble bien, en effet, que l'expropriation pour cause d'utilité publique, à la suite de laquelle l'immeuble est perdu pour le débiteur sans que sa volonté contraire ait pu s'y opposer, soit un de ces cas imprévus de force majeure pour lesquels le législateur a écrit l'article 2131, et nous venons de voir que la circonstance que le propriétaire reçoit une indemnité en réparation de la perte qu'il éprouve est indifférente au point de vue où nous nous plaçons.

Malheureusement nous avons, pour le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, un texte aussi formel que possible, l'article 18 de la loi du 3 mai 1841, lequel assimile au prix de l'immeuble la somme que le propriétaire exproprié reçoit à titre d'indemnité. « Les actions en résolution, dit

l'article, en revendication, et toutes autres actions réelles, ne pourront arrêter l'expropriation ni en empêcher l'effet. Le droit des réclamants sera *transporté sur le prix*, et l'immeuble en demeurera affranchi. » En présence de cette disposition, nous ne pouvons que nous incliner. L'indemnité d'expropriation est considérée par la loi comme étant le prix de l'immeuble auquel elle est substituée, et, puisque ce prix est réalisé, il doit être, conformément à la règle générale, attribué par voie d'ordre aux créanciers hypothécaires et privilégiés, même aux créanciers à terme, ainsi que cela a lieu en cas de vente volontaire ou d'adjudication sur saisie (1). Pourtant, il est permis de dire que, dans la réalité des choses, l'expropriation pour cause d'utilité publique ne ressemble en rien, pour le propriétaire qui a hypothéqué l'immeuble exproprié, à une vente volontaire par laquelle il renonce de son plein gré au bénéfice du terme, ni à une vente forcée sur saisie, qui s'opère lorsque la dette n'est pas remboursée à l'arrivée du terme, ou lorsqu'il y a déchéance du bénéfice de ce terme, soit parce que le débiteur a détruit ou détérioré par son fait l'immeuble hypothéqué, soit parce que cet immeu-

(1) MM. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, texte et note 4 ; Pont, *op. cit.*, nº 698 ; Martou, *op. cit.*, t. III, nº 1009. — Cass. belge, 26 août 1850, *Pasic. belge*, 51, 1, 138 ; Paris, 13 février 1858, *Sir.*, 58, 2, 170 ; Rouen, 12 juin 1863, *Sir.*, 63, 2, 175. — V. toutefois Del Marmol, *Revue pratique* 1861, t. XII, p. 209.

ble ayant été détruit ou détérioré sans le fait du débiteur, celui-ci n'a pas offert d'hypothèque supplémentaire.

296. Quoi qu'il en soit, puisque la loi en a décidé autrement, il convient de circonscrire nettement la portée de la règle qu'elle a posée. Aussi croyons-nous devoir dire quelques mots d'une intéressante question, dont les tribunaux ont été plusieurs fois saisis, à propos des indemnités qui furent accordées, à la suite des malheureux événements de 1870-1871, aux propriétaires dont les immeubles avaient été détruits ou détériorés pendant la guerre ou pendant la Commune. C'est la question de savoir quelle est la nature de l'indemnité allouée par l'État, pour la destruction ou l'occupation d'immeubles appartenant à des particuliers, ordonnées par l'autorité militaire, à l'occasion d'une guerre, d'un siège ou d'un événement analogue. Cette indemnité doit-elle être considérée comme représentant le prix d'une expropriation ou comme n'étant qu'une valeur purement mobilière ?

Il importe, d'abord, de diviser en deux classes bien distinctes, suivant le moment et les circonstances de leur exécution, les faits dommageables, destructions, détériorations ou occupations d'immeubles, auxquels nous faisons allusion.

Les uns constituent ce qu'on appelle des *faits de guerre ;* ils résultent de dispositions stratégiques

prises par l'autorité militaire en face de l'ennemi, de mesures imposées par les nécessités immédiates de la défense ; ce sont, par exemple, des mouvements de troupes, des occupations de terrains, des destructions de plantations, des démolitions de maisons, clôtures ou autres constructions, etc., accomplis, non seulement dans le cours d'une bataille ou pendant l'investissement d'une place forte, mais encore, suivant la jurisprudence du Conseil d'État (1), avant ces incidents, en raison de leur certitude et de leur imminence. En un mot, le propre du fait de guerre, c'est d'être une conséquence immédiate et nécessaire de la lutte, un cas de force majeure. D'où il suit qu'il ne saurait engendrer, au profit de celui qui en est victime, aucun droit à une indemnité. C'est, au surplus, ce qui résulte surabondamment des termes formels de l'article 39 du décret du 10 août 1853, sur le classement des places de guerre et des postes militaires, et sur les servitudes imposées à la propriété autour des fortifications. « Toute occupation, dit cet article, toute privation de jouissance, toute démolition, destruction et autre dommage résultant d'un fait de guerre ou d'une mesure de défense prise soit par l'autorité militaire pendant l'état de siège, soit par un corps d'armée ou un détachement en face

(1) V. les décisions citées par M. Ducrocq, *Cours de Dr. admin.*, t. I, nº 377.

de l'ennemi, n'ouvre aucun droit à indemnité....» Il va sans dire que les travaux, destructions, dévastations, actes de pillage, etc., exécutés ou commis, à un titre quelconque, par l'ennemi dans les régions envahies, constituent également des faits de force majeure, frappant fatalement leurs victimes, sans leur donner contre l'État la moindre action en indemnité.

Ceci posé, il est évident que les allocations accordées par les lois des 6 septembre 1871, 7 avril 1873 et 28 juillet 1874, à ceux qui avaient subi des pertes matérielles pendant les événements de 1870-1871, ne pouvaient être considérées que comme des indemnités purement gracieuses, en tant qu'elles se rattachaient à des dommages résultant des faits dont nous venons de parler (1).

Aussi n'a-t-on jamais songé sérieusement à les attribuer par préférence, comme représentant les immeubles détruits, aux créanciers hypothécaires ayant inscription sur ces immeubles. Nul doute, par conséquent, que l'article 2131 ne fût ici pleinement applicable.

Mais les victimes de faits de guerre en présence de l'ennemi ou de dévastations causées par l'inva-

(1) V. notam., sur ce point, le préambule de la loi du 6 septembre 1871, d'où il ressort qu'il s'agit là pour l'État d'une obligation qui prend sa source non dans le droit, mais dans *les sentiments de nationalité qui sont dans le cœur de tous les Français*. — *Adde* M. Ducrocq, *op. et loc, cit.*, 1° 383.

sion ne furent pas les seules comprises dans les allocations accordées par les lois précitées. La loi du 28 juillet 1874, en appliquant sans distinction le principe du dédommagement à toutes les personnes qui avaient éprouvé préjudice lors des destructions opérées par le génie militaire pour les besoins de la défense nationale, visait également ceux dont les immeubles avaient été détruits, détériorés ou occupés en exécution de mesures préventives et précautionnelles de défense, ordonnées par l'autorité militaire sur les points du territoire qu'on supposait pouvoir être menacés par l'armée ennemie. Ce n'étaient plus là, remarquons-le, des indemnités allouées à titre purement gracieux, comme celles qu'on accordait aux victimes de faits de guerre accidentels. En effet, le dommage qu'elles devaient réparer, ou plutôt atténuer, provenait de mesures prises, sans qu'il y eût cas de force majeure, dans le but de faciliter la défense d'une place de guerre, d'une position stratégique, en prévision d'une attaque possible, mais non imminente. Or, en ces circonstances, l'article 38 du décret du 10 août 1853 reconnaît formellement aux propriétaires lésés le droit de demander une indemnité. Aussi ne faut-il voir dans les dispositions de la loi de 1874, applicables à ces sortes de dommages, autre chose qu'une offre de transaction, que les intéressés demeuraient libres de re-

pousser, s'ils préféraient faire valoir leurs droits, devant les tribunaux. Donc, dans cette hypothèse, que l'indemnité fût payée en vertu de la loi de 1874, ou en exécution d'une sentence judiciaire, elle était toujours pour l'ayant droit, non pas une simple faveur, mais la compensation de la destruction ou de la détérioration de son immeuble par l'autorité militaire. On s'explique dès lors que les créanciers hypothécaires ou privilégiés aient pu se demander si la somme versée dans ces conditions par l'État à leur débiteur ne représentait pas une véritable indemnité d'expropriation, et s'ils ne devaient pas, en conséquence, être admis à exercer sur elle leur droit de préférence, comme ils l'eussent exercé sur le prix de l'immeuble exproprié pour cause d'utilité publique.

Et de fait, le Tribunal de la Seine, par un jugement rendu à la date du 1er mai 1875, s'est prononcé en ce sens, en admettant la prétention d'un créancier privilégié qui réclamait son paiement par préférence sur une indemnité de 200,000 fr., accordée au propriétaire d'une usine, sise à Saint-Denis, dont le gouverneur de Paris avait prescrit d'urgence la démolition, en août 1870, pour les besoins de la défense nationale (*Le Droit*, 4 juin 1875).

Saisi, à la suite de circonstances analogues, d'une demande tendant aux mêmes fins, le Tribunal de

Soissons a jugé, au contraire, à la date du 11 août 1875, que, l'État n'ayant acquis aucune partie de l'immeuble détruit, l'indemnité ne pouvait être considérée comme une véritable indemnité d'expropriation, mais plutôt comme la réparation du dommage causé au propriétaire par la démolition de ses constructions, et devait, par conséquent, en sa qualité de capital purement mobilier, appartenir à la masse des créanciers, sans distinction entre eux (*Le Droit*, 6 octobre 1875).

Cette manière de voir est évidemment la plus conforme aux principes, et c'est avec juste raison, croyons-nous, que la Cour de Paris et, sur pourvoi, la Cour de Cassation ont repoussé la solution admise par le Tribunal de la Seine (Paris, 18 août 1876, Req. rej., 12 mars 1877, *Dall.*, 77, 1, 97). Sans qu'il soit besoin d'examiner ici la question de savoir s'il est indispensable, pour qu'il y ait expropriation pour cause d'utilité publique, que l'administration s'approprie les immeubles des particuliers, on aperçoit aisément que l'indemnité allouée en l'espèce au propriétaire lésé constitue un simple dédommagement et non un prix d'expropriation. Il suffit, pour s'en convaincre, de parcourir les articles 36, 37 et 38 du décret du 10 août 1853, lesquels, prévoyant deux situations distinctes, l'état de paix et l'état de guerre, ne reconnaissent formellement le caractère d'indemnité d'expropriation, devant être réglé en con-

formité de prescriptions de la loi du 3 mai 1841, qu'à l'indemnité qui a son principe dans un dommage causé par des travaux de fortification ou de défense exécutés pendant l'état de paix ; c'est assez dire que les règles de l'expropriation pour cause d'utilité publique, notamment la disposition exceptionnelle de l'article 18 de la loi du 3 mai 1841, ne doivent pas être étendues à la créance d'indemnité ayant sa source dans un dommage causé par l'exécution de mesures semblables pendant l'état de guerre, ce qui est précisément notre cas. Et il devait en être ainsi du moment que, d'après la loi du 10 juillet 1791, l'autorité militaire avait dans l'état de guerre, par rapport à la propriété privée, des pouvoirs plus étendus que dans l'état de paix, et n'était plus soumise à l'accomplissement des formalités de droit commun pour les occupations de terrains et les démolitions de constructions. Aussi le caractère de créance de dommages-intérêts s'impose-t-il pour le droit que les particuliers peuvent faire valoir à l'encontre de l'État dans l'hypothèse prévue. Il est dès lors juridiquement impossible de considérer l'indemnité ainsi allouée comme subrogée à l'immeuble détruit, et, pour en revenir au point qui nous intéresse spécialement, il est évident que l'article 2131 conserve ici tout son empire.

297. Aux termes de l'article 2133, « l'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué ». Rien de plus aisément justifiable que cette règle, dont la portée est générale, si l'on observe que, sous l'expression *améliorations*, le législateur de 1804 n'a entendu comprendre que les améliorations qui deviennent un accessoire de l'immeuble (1) : c'est l'application pure et simple de la maxime *Accessorium sequitur principale*. Cependant il était indispensable de la formuler expressément dans la section consacrée aux hypothèques conventionnelles, car elle constitue, dans une certaine mesure tout au moins, une dérogation au principe d'après lequel l'hypothèque conventionnelle ne peut pas être valablement constituée sur des biens à venir.

Nous ne nous y arrêterons pas d'ailleurs, et ce, pour deux raisons : d'abord, parce que, sous la réserve de l'observation qui précède, elle n'a rien de spécial aux hypothèques conventionnelles ; en second lieu, parce que les difficultés qu'elle soulève se rattachent à la question générale de savoir quels sont les biens susceptibles d'hypothèques, question dont l'examen n'entre pas dans le cadre de notre travail. Qu'il nous suffise de constater que, dans sa généralité, le principe posé par l'ar-

(1) Locré, *Lég. civ. de la France*, t. XVI, p. 255, nº 12 ; Fenet, *Trav. prép.*, t. XV, p. 361 et 362.

ticle 2133 s'applique à toutes les améliorations, de quelque nature qu'elles soient, survenues depuis le contrat à l'immeuble hypothéqué, qu'elles proviennent d'un fait naturel ou accidentel, comme l'alluvion, les relais formés par l'eau courante, etc., ou qu'elles résultent du fait de l'homme, comme les plantations, réparations, reconstructions, constructions nouvelles (Civ. rej., 14 novembre 1881, *Dall.*, 82, 1, 168), (1), etc., sauf, dans ces derniers cas, le privilège des constructeurs (art. 2103). Il en est de même des objets qui, postérieurement à l'hypothèque consentie, sont adjoints au fonds comme immeubles par destination, soit qu'on les y attache à perpétuelle demeure (Amiens, 2 décembre 1885, *Rec. d'Amiens*, 1885, p. 237), soit qu'on les y place pour le service et l'exploitation de ce fonds, comme les animaux et ustensiles aratoires employés à la culture d'un fonds rural (Douai, 16 décembre 1886, *Sir.*, 88, 2, 115), les meubles meublants garnissant une hôtel-

(1) Toutefois, s'il s'agissait de constructions élevées sur le fonds hypothéqué par un locataire, notre observation ne serait exacte qu'autant que le propriétaire du fonds n'aurait pas renoncé expressément ou tacitement au profit du preneur à son droit d'accession. En cas contraire, non seulement l'hypothèque grevant le fonds du chef du bailleur ne s'étendrait pas aux constructions élevées par le preneur, mais encore il n'y aurait sur celles-ci d'hypothèques valablement constituées que celles consenties par le preneur lui-même, seul propriétaire des constructions. Cf. notam. Paris, 4 novembre 1886, *Dall.*, 88, 2, 4, et les renvois.

lerie et nécessaires à son exploitation (Req. rej., 2 août 1886, *Dall.*, 87, 1,293), etc., réserve faite du privilège possible du vendeur de meubles (V., sur ce point, M. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. IX, n° 32 *bis* VII).

Mais le principe de l'article 2133 ne serait plus applicable, si l'amélioration ne formait pas un accessoire de l'immeuble hypothéqué, si, pour employer l'expression dont s'est servi Tronchet lors de la discussion du projet, au lieu de *s'identifier* avec la chose principale, elle en était distincte. C'est ce qui arriverait, par exemple, si le propriétaire de l'immeuble hypothéqué avait acheté un immeuble contigu à celui-ci, pour faire du tout un seul domaine, une seule exploitation, alors même qu'il aurait réuni les deux immeubles dans l'enceinte du même enclos (1). Dans ce cas, en effet, il n'y a plus accession juridique, il y a seulement, au profit du constituant, acquisition d'un fonds nouveau et distinct du fonds hypothéqué. Le principe de la spécialité reprend alors son empire et vient s'opposer à ce que l'hypothèque s'étende, sans une nouvelle convention, à un immeuble qui n'était pas compris dans l'acte de constitution primitif (2). Tout le monde est d'accord sur ce point.

(1) *Non obstat* art. 1019, car, en matière de legs, on s'attache surtout à l'intention présumée du testateur, tandis qu'ici, il ne s'agit pas de savoir quelle a été la volonté du constituant, mais quelle est en droit la chose hypothéquée.

(1) Poitiers, 1er juin 1875, *Dall.*, 77, 2, 232.

CHAPITRE II

DE LA SPÉCIALITÉ QUANT A LA CRÉANCE

298. La spécialité quant à la créance, nous l'avons dit de reste, est le complément nécessaire de la spécialité quant aux biens. Ce n'est, en effet, qu'à la condition de se rendre un compte exact et de la portion de son avoir immobilier qu'il soumet à l'hypothèque et de la somme jusqu'à concurrence de laquelle il grève cette portion, que le constituant peut mesurer avec précision l'étendue de la charge hypothécaire qu'il consent. Faut-il ajouter que les tiers, appelés plus tard à traiter avec lui, ne seraient qu'imparfaitement renseignés sur sa situation hypothécaire, si, connaissant ceux de ses biens qui sont hypothéqués, ils ne savaient en même temps pour quel chiffre ils le sont?

299. De là cette disposition de l'article 2132 : « L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte. » Le montant pécuniaire de la créance garantie doit, à peine de nullité, être indiquée d'une manière précise dans le titre constitutif de l'hypothèque, comme doivent l'être la nature et la situation de l'immeuble hypothéqué. En d'autres termes, la

spécialisation de la créance dans l'acte solennel est une condition substantielle de l'hypothèque, au même titre que la spécialisation de l'immeuble. Voilà le principe.

Est-ce à dire qu'une hypothèque ne puisse pas être attachée à une obligation autre que celle de payer une somme d'argent déterminée, par exemple à une obligation de faire ou de ne pas faire? A prendre à la lettre la disposition précitée, qui forme la première partie de l'article 2132, on pourrait le croire. Ce serait cependant une grave erreur, ainsi que le prouve la fin de l'article. Le législateur aurait pu exiger, en pareil cas, dans le titre constitutif de l'hypothèque, une indication approximative du *quantum* de la créance garantie. Il ne l'a pas fait; mais il n'a pas, pour cela, défendu de consentir une hypothèque pour sûreté d'une dette dont la valeur est indéterminée. A tort ou à raison, à tort selon nous, ainsi que nous le dirons plus loin, il a pensé que la spécialité quant à la créance est surtout nécessaire pour éclairer les tiers sur la situation hypothécaire du débiteur; que, sans doute, lorsque la somme pour laquelle est consentie l'hypothèque se trouve fixée au moment du contrat, il importe de la mentionner dans l'acte constitutif, pour satisfaire complètement aux exigences du principe de la spécialité; mais qu'en dehors de ce cas, du moment

qu'il est possible d'individualiser la créance sans indiquer son chiffre, le débiteur ne se trouve pas en présence d'une clause vague et indéfinie, dont la portée lui échapperait ; qu'il ne faut pas, dès lors, se montrer trop exigeant et imposer aux parties la nécessité de convenir d'une évaluation dans le contrat hypothécaire, et qu'en définitive, pour respecter suffisamment la règle de la spécialité, il suffit d'obliger le créancier à faire lui-même cette évaluation dans l'inscription, sauf à laisser au débiteur le droit d'en demander la réduction aux tribunaux, si elle lui paraît exagérée. Voilà pourquoi, après s'être placé dans l'hypothèse la plus fréquente, celle où la créance est liquide au moment de la rédaction de l'acte constitutif, et avoir posé en principe que cet acte doit, à peine de nullité, indiquer exactement la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie, l'article 2132 ajoute : « Si la créance résultant de l'obligation est..... indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après, que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur aura droit de faire réduire, s'il y a lieu. »

314. Ainsi présentée, la deuxième partie de l'article 2132 ne laisse pas trop à désirer sous le rapport de la clarté. Mais il en est autrement quand

on la prend telle qu'elle se comporte : « Si la créance résultant de l'obligation est *conditionnelle pour son existence*, ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra, etc..... » Le texte englobe dans la même formule la créance conditionnelle pour son existence et la créance indéterminée dans sa valeur. Il y a là certainement un vice de rédaction. Une créance, quoique conditionnelle quant à son existence, peut fort bien n'être pas indéterminée quant à sa valeur. La créance d'une somme d'argent fixe et déterminée ne se trouve-t-elle pas fréquemment subordonnée à l'arrivée d'un événement incertain ? La nécessité de fournir une évaluation ne saurait évidemment s'appliquer à une pareille créance, qui n'est pas susceptible de plus ou de moins. L'hypothèque en garantira le montant intégral, si la condition se réalise ; elle sera réduite à néant, si la condition ne se réalise pas : il n'y a point de milieu. L'inscription doit donc être requise pour le chiffre même de la créance. Seulement, dans cette hypothèse, ce qu'il ne faut pas omettre d'indiquer dans l'inscription, afin que les tiers en soient avertis, c'est la modalité à laquelle la créance est subordonnée quant à son existence (1).

En rédigeant la deuxième partie de l'article 2132, le législateur n'a vraisemblablement songé qu'à la créance à la fois conditionnelle et indéter-

(1) Cf. *Doc. hyp.*, t. III, pp. 344 et 345.

minée, comme, par exemple, celle de l'assuré avant le sinistre, celle de l'acheteur contre le vendeur avant l'éviction, et il n'a pas pris garde qu'en pareil cas, c'est le caractère indéterminé de la créance qui rend l'évaluation nécessaire, et non son caractère conditionnel. Aussi les mots *conditionnelle pour son existence* doivent-ils être rayés de l'article 2132. De deux choses l'une, en effet, ou la créance conditionnelle est déterminée dans son *quantum*, ou elle ne l'est pas: déterminée, elle tombe sous l'application du premier paragraphe de l'article; indéterminée, elle rentre dans l'hypothèse prévue par le second, tel que nous l'avons d'abord présenté.

301. L'évaluation est faite par le créancier lui-même dans le bordereau destiné à requérir l'inscription. Si elle est exagérée, le débiteur, dont elle diminue le crédit, est admis, nous le savons, à en faire réduire le montant par les tribunaux (1). Par contre, si elle est suffisante, le créancier est autorisé à prendre une inscription complémentaire, mais, bien entendu, sous la réserve des droits acquis à des tiers, c'est-à-dire que cette dernière inscription ne remontera pas au delà de sa date, et que l'inscription primitive n'aura toujours de

(1) Les articles 2163 et 2164 indiquent à quelles conditions la réduction est prononcée, et quels sont les éléments qui doivent guider les juges dans leur appréciation.

valeur que jusqu'à concurrence du montant de l'évaluation faite par le créancier (art. 2164 *in fine*. — Cf. Req. rej., 8 juillet 1879, *Sir.*, 81, 1, 61).

302. Reste maintenant la question de principe. N'eût-il pas été beaucoup plus simple de poser en règle absolue la nécessité d'indiquer le *quantum* de la créance dans l'acte constitutif de l'hypothèque, et d'exiger en conséquence, pour les créances indéterminées, une évaluation faite d'un commun accord entre les parties (1) ? M. Pont ne le pense pas : « C'eût été en bien des cas, dit-il, gêner les conventions particulières. Par exemple, lors de la convention que je fais de vous bâtir une maison dans un pays où je ne connais ni le prix des matériaux, ni celui de la main-d'œuvre, et quand dès lors je ne peux pas encore faire de prix, je puis vous demander une sûreté hypothécaire indéterminée dès à présent. S'il faut attendre que j'aie tous les renseignements, nous ne ferons pas le marché. La loi, telle qu'elle est, présente donc plus de commodités pour les contractants... » (*Op. cit.*,

(1) Cette solution a été consacrée par l'article 80 de la loi belge du 16 décembre 1851. Elle avait été d'ailleurs admise dans les projets de réforme hypothécaire discutés en 1851 par l'Assemblée législative : «... Si la créance résultant de l'obligation est indéterminée dans sa valeur, disait l'article 2124 du projet voté en deuxième délibération, le créancier pourra requérir l'inscription, mais seulement jusqu'à concurrence d'une valeur estimative, expressément convenue entre lui et le débiteur dans l'acte constitutif de la créance ou dans un acte authentique postérieur. »

nº 706). Cela peut être parfois exact, nous le voulons bien, encore que nous tenions pour peu pratique l'exemple choisi par M. Pont. Nous reconnaissons, de plus, que, si le montant de la créance devait être évalué dans l'acte constitutif, le chiffre arrêté entre les parties serait définitif, et que, par suite, une évaluation excessive ou insuffisante ne pourrait être réduite ou majorée que par une convention nouvelle. Mais ces inconvénients sont-ils comparables à l'avantage que procurerait aux parties une mesure destinée à leur épargner les ennuis et les frais d'un procès en réduction ? Et puis, quoi qu'on en dise, l'article 2132, tel qu'il est conçu, ne laisse pas de porter assez sérieusement atteinte au principe de la spécialité, qui a été établi, nous le répétons, non pas seulement pour que les tiers puissent mesurer avec certitude le crédit hypothécaire du débiteur, mais aussi pour que celui-ci se rende exactement compte de l'obligation hypothécaire qu'il contracte. Dès lors que la loi admet en principe que le constituant doit être mis à même de mesurer la portée de la charge dont il grève ses biens, on ne conçoit pas qu'elle fasse à cet égard une distinction entre le cas où l'hypothèque est consentie pour sûreté d'une dette de somme d'argent déterminée et celui où elle est attachée à une obligation indéterminée dans sa valeur (Cf. M. Laurent, *op. cit.*, t. XXX, nº 526).

303. Nous en avons ainsi terminé avec ce qui a trait aux énonciations requises pour la validité du contrat hypothécaire. Il nous reste maintenant, sinon pour épuiser, du moins pour compléter le vaste sujet de la constitution de l'hypothèque conventionnelle, à examiner deux points sur lesquels la loi, sans être absolument muette, ne contient cependant aucune disposition directe.

Il nous faut d'abord déterminer avec précision quelles sont les créances qui peuvent être garanties par une hypothèque conventionnelle. Cette question, à la différence de celle de savoir quels sont les biens susceptibles d'hypothèques, rentre essentiellement dans le cadre d'une étude sur la convention d'hypothèque. « C'est, en effet, dit M, Pont (*op. cit.*, n° 324), au sujet de l'hypothèque qui a sa cause dans la convention des parties que s'élèvent les difficultés auxquelles donne lieu le caractère d'obligation purement accessoire appartenant à l'hypothèque ; là qu'il y a à fixer la mesure dans laquelle l'accessoire suit le sort du principal, soit que l'hypothèque ait été donnée par le débiteur lui-même, soit qu'elle ait été consentie par un tiers ; là qu'il y a à déterminer l'influence que peuvent avoir sur l'hypothèque les modalités dont l'obligation principale serait affectée, et, à cette occasion, quels sont la portée et le rang d'une hypothèque accédant à une créance conditionnelle,

spécialement à un prêt à effectuer ou à un crédit ouvert (1). »

Nous dirons ensuite quelques mots des modalités dont est susceptible la constitution d'hypothèque.

Chacun de ces deux points, dont le développement ne comporte pas la matière d'une partie principale, fera l'objet d'un appendice.

APPENDICE I

DES CRÉANCES POUR SURETÉ DESQUELLES L'HYPOTHÈQUE PEUT ÊTRE CONSENTIE

304. On sait qu'à la différence d'autres législations qui admettent la *dette foncière* (V. *suprà*, n° 51), le Code civil, conformément à une tradition constante de notre droit (V. *suprà*, n° 45). — *Adde :* Loyseau, *Du déguerpissement*, liv. I, ch. III, n° 11 ; Pothier, *Traité de l'hypothèque*, n° 56), ne voit dans l'hypothèque qu'un droit accessoire, ne pouvant naître et subsister sans le soutien d'un droit personnel, d'une créance.

(1) Nous croyons toutefois que la promesse de prêt ou, ce qui est la même chose, la convention d'ouverture de crédit, n'engendre pas, au profit du promettant ou du créditeur, une créance conditionnelle : celui-ci n'a, tant qu'il n'a fait aucune avance, qu'une créance éventuelle. V. *infrà*, n° 309.

De là cette règle générale, que le sort de l'hypothèque est intimement lié à celui de la créance qu'elle a pour objet de garantir. Celle-ci est-elle dépourvue d'existence légale, l'hypothèque est elle-même inexistante (1) ; vient-elle à s'éteindre (art. 1234), l'hypothèque disparaît également (art. 2180) (2).

305. Mais si l'hypothèque ne peut, en sa qualité de droit accessoire, être stipulée isolément, elle peut d'ailleurs se rattacher à une obligation quelconque (Pothier, *op. cit.*, nos 59 et 60), pourvu, bien entendu, que cette obligation soit valable civilement ou, à notre sens, au moins naturellement (3).

(1) Telle serait, par exemple, l'hypothèque consentie pour sûreté d'une obligation sans cause, ou d'une obligation dont la cause est illicite (art. 1131), comme une promesse d'intérêts usuraires (L. 3 sept. 1807), un engagement pris par le cessionnaire d'un office ministériel de payer en secret un prix de cession supérieur au prix porté dans le traité officiel (Cf. notam. Civ. cass., 17 mars 1884, *Dall.*, 85, 1, 152 ; Civ. cass., 13 juillet 1885, *Dall.*, 86, 1, 263), etc...

(2) Ceci n'est vrai toutefois qu'autant que l'extinction de la créance est totale. Son extinction partielle laisserait subsister en entier l'hypothèque pour le paiement de la partie restant due : c'est une conséquence du principe de l'indivisibilité du droit hypothécaire. Il peut même arriver que l'hypothèque survive à l'extinction totale de la créance, lorsque, par exemple, dans l'hypothèse d'une novation, les parties usent de la faculté qui leur est accordée par l'article 1278. Mais ce n'est là qu'une exception.

(3) Ce n'est pas ici le lieu de rechercher dans quels cas une personne peut se trouver obligée naturellement. La question est, d'ailleurs, des plus délicates, et chaque auteur a son système. Celui que nous adoptons nous a été enseigné par un de nos plus savants maîtres de la Faculté de Paris. En voici la formule : Il y a obligation naturelle toutes les fois qu'une disposition de la loi positive refuse

306. M. Laurent (*op. cit.*, t. XVII, n° 28) n'admet pas qu'une obligation naturelle puisse être garantie par une hypothèque. Dans la théorie du Code, dit-il, l'obligation naturelle n'existe aux yeux de la loi que lorsque le débiteur l'a volontairement acquittée (art. 1235, al. 2); jusqu'à ce qu'elle soit éteinte par le paiement, la loi ne la connaît pas, c'est le néant: comment le néant pourrait-il être assuré par une hypothèque?

Cette manière de voir est, selon nous, manifestement inexacte. Une obligation qui peut être valablement payée n'est pas le néant: on ne saurait éteindre ce qui n'existe pas. L'obligation naturelle existe légalement comme obligation, cela résulte du nom même d'obligation qui lui est donné

à un créancier la sanciion d'une action en justice, en se fondant sur une présomption qui peut se trouver inexacte dans ses applications particulières. — Soit une obligation susceptible d'être annulée ou rescindée pour cause d'incapacité civile du débiteur, comme, par exemple, l'obligation contractée par une femme mariée non autorisée, ou par un mineur parvenu à l'âge de raison: ce n'est pas une obligation naturelle, puisqu'aucun texte de loi ne défend au créancier d'actionner l'incapable (Cf. M. Laurent, *op. cit.*, t. XVII, n° 10. — *Contra*, MM. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, n° 174 *bis* IV; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 297, p. 5, texte et note 5). Mais supposons que le mari ou le tuteur ait fait prononcer la nullité ou la rescision de l'engagement pris par l'incapable, alors apparaît l'obligation naturelle: le créancier n'a plus le droit d'agir contre le débiteur, puisqu'il y a chose jugée; mais si le débiteur, devenu capable, reconnait que la présomption qui le protège est contraire à la vérité, s'il acquitte volontairement l'obligation qu'il a contractée en état d'incapacité, le paiement qu'il fait est valable (art. 1235, al. 2), parce que c'est le paiement d'une obligation naturelle (Cf. MM. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*).

par la loi. Seulement, à la différence de l'obligation civile ordinaire, elle n'est pas susceptible d'une exécution forcée: son exécution dépend de la volonté du débiteur. C'est, si l'on veut, une obligation imparfaite, mais ce n'en est pas moins une obligation. Or, il suffit que ce soit une obligation pour qu'une hypothèque puisse s'y adjoindre comme accessoire et en garantir le paiement. Pourquoi dès lors le débiteur, qui peut faire un paiement valable, ne pourrait-il pas assurer l'efficacité de ce paiement en consentant une hypothèque à son créancier ? N'est-ce pas là, de sa part, un acte aussi volontaire que le paiement lui-même ? Par l'hypothèque qu'il consent librement, le débiteur reconnaît qu'il est lié, comme il le reconnaît par le paiement. En l'absence d'un texte ou d'un principe contraires, on ne saurait évidemment l'empêcher de conférer sur ses biens un droit de préférence à une personne envers laquelle il se reconnaît tenu d'une obligation.

La question doit être résolue dans le même sens quand l'hypothèque est consentie par un tiers. Le paiement qu'effectuerait une tierce personne, en l'acquit du débiteur naturel, serait certainement valable (art. 1236). Pour quelle bonne raison, nous le demandons, cette même personne ne pourrait-elle pas, au lieu d'acquitter immédiatement l'obligation, en assurer dans l'avenir l'acquittement au

moyen d'une hypothèque sur ses biens? Un parti important dans la doctrine admet que les obligations naturelles peuvent être cautionnées (1). Cette solution, que nous n'avons pas à justifier ici, trouve on point d'appui très-résistant dans l'article 2012, al. 2, lequel décide que le cautionnement appliqué à une obligation annulable ou rescindable pour cause d'incapacité de l'obligé demeure efficace, même après que le débiteur a fait prononcer l'annulation ou la rescision de son engagement, c'est-à-dire même après que l'obligation civile dont était tenu l'incapable est devenue simplement naturelle. C'est là, on ne saurait le nier, une disposition qui resterait inexplicable si l'on se refusait à admettre que la loi reconnaît, au moins pour l'hypothèse visée par l'article 2012, al. 2, la validité du cautionnement attaché a une obligation naturelle. Pourquoi ce qui est légalement possible dans une hypothèse ne le serait-il pas dans les autres, alors qu'il y a pour toutes les mêmes raisons de décider? Nous ne faisons, quant à nous, au point de vue qui nous occupe, aucune distinction entre le cautionnement personnel et le cautionnement réel, et, dès lors que l'obligation naturelle est considérée comme susceptible d'être cautionnée, nous n'hésitons pas à admettre qu'elle peut l'être aussi bien par une

(1) V. notam. M. Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. V, nº 174 *bis* III. — Cf. M. Larombière, *op. cit.*, t. IV, sur l'art. 1235, nº 10.

hypothèque que par un engagement personnel. Mais il faut, bien entendu, pour que l'opération soit efficace, que le tiers ait agi en connaissance de cause, qu'il n'ait pas ignoré que l'obligation principale était une obligation naturelle, dont le paiement le placerait dans la même situation que le créancier, et ne lui donnerait par conséquent aucune action contre l'obligé principal. Son intervention s'explique alors plutôt par la pensée de garantir le créancier contre le préjudice auquel l'expose le disposition de la loi qui le prive d'une action en justice, que par celle de le protéger contre l'insolvabilité possible du débiteur.

Quoi qu'il en soit, il ne faudrait pas appliquer le même raisonnement aux dettes résultant des conventions de jeu ou de pari. Ce sont bien là des dettes naturelles, puisqu'elles produisent le principal effet de l'obligation naturelle, la validité du paiement effectué volontairement (art. 1967). Mais comme la loi refuse de reconnaître toute action, quelle qu'elle soit, née à l'occasion de pareilles dettes (art. 1965), l'hypothèque qui s'y rattacherait devrait être annulée (Cf. M. Colmet de Santerre, *op. et loc. cit.*, n° 174 *bis* VIII).

307. Lorsqu'il s'agit d'une obligation reconnue par la loi, ce peut être, nous le savons, une obligation dont le chiffre dépend d'une évaluation à faire aussi bien qu'une obligation dont le *quantum* est

dès à présent déterminé, une obligation conditionnelle comme une obligation pure et simple ou à terme (Marcien, loi 5, pr., D., *De pign. et hyp.*, XX, 1 ; Pothier, *op. cit.*, n° 61). Mais il va sans dire que l'hypothèque est affectée des mêmes modalités que l'obligation elle-même.

308. On peut même constituer une hypothèque pour garantir le paiement d'une dette future, par exemple d'un emprunt qu'on se propose de faire ultérieurement (1). C'était parfaitement admis en droit romain (Marcien, loi précitée) et dans l'ancien droit (Bartole, sur la loi 8, D., *Qui pot. in pign.* ; Voët, liv. 20, tit. 4, n° 30 ; Pothier, *op. cit.*, n° 62 ; Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 3, n° 2). Nous ne voyons aucune bonne raison pour qu'il n'en soit pas de même aujourd'hui. Il est vrai que la possibilité de consentir une hypothèque pour sûreté d'une obligation non encore existante n'est pas expressément consacrée par un article de loi ; mais elle n'est contraire à aucun principe ni à aucun texte. Bien mieux, le Code civil nous montre, dans l'article 2135-1°, qu'une hypothèque peut préexister à la dette qu'elle garantit : l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit existe du jour où le tuteur a pu et dû entrer en fonctions ; cependant

(1) La dette contractée sous condition suspensive est bien aussi une dette future, puisque sa naissance est subordonnée à un événement futur ; mais ici, par dette future, nous entendons spécialement celle dont l'existence ne retroagit pas.

la créance de l'incapable contre son tuteur ne prend souvent naissance que beaucoup plus tard.

C'est en vain que l'on objecte, contre la validité de l'hypothèque établie pour la garantie d'un prêt futur, que l'obligation de rembourser un emprunt à faire tomber sous le coup de l'article 1174, comme entachée d'une condition potestative de la part du débiteur, puisque celui-ci demeure libre d'emprunter ou de ne pas emprunter, c'est-à-dire d'être ou de n'être pas obligé, et que, par conséquent, l'obligation principale étant nulle, l'hypothèque, simple accessoire, ne peut être valable. Il suffirait, pour écarter cette objection, de faire observer que l'article 1174 n'est que la reproduction de plusieurs lois du Digeste qui déclaraient inexistante l'obligation *si voluero* (V. notam. les lois 46, p. 3, et 108, p. 1, D., *De verb. obl.*, XLV, 1), et que cependant cette règle n'empêchait pas les jurisconsultes romains de regarder comme pleinement valable en soi l'hypothèque constituée pour sûreté d'un prêt à venir (1). Mais il y a une meilleure réponse à faire, c'est que l'article 1174 n'a rien à voir avec l'hypothèse que nous examinons. Lorsque la cause d'une obligation existe, il ne saurait dépendre de

(1) V. notam. Paul, loi 4, D., *Quæ res pign.*, XX, 3. — Le seul point susceptible d'un doute, d'après le droit romain, était celui de savoir quand cette hypothèque prenait rang, et nullement si l'hypothèque pouvait être consentie.

la seule volonté d'une partie d'être obligée ou non, voilà ce que veut dire la disposition qu'on nous oppose ; mais elle ne signifie nullement qu'il ne puisse dépendre de la volonté d'une partie de faire naître à son gré la cause de l'obligation. Ainsi, l'emprunteur qui a reçu les deniers ne pourrait pas stipuler qu'il ne payera que s'il le veut bien ; mais, avant de recevoir les deniers, il peut sans aucun doute déclarer qu'il empruntera s'il veut, sauf à être forcément obligé, s'il emprunte. Autrement, comme le fait remarquer fort justement M. Dietz (*Du compte-courant*, Paris, 1869, p. 270), « toutes les obligations du monde seraient nulles, parce qu'avant la naissance de l'obligation il y a toujours eu un moment où il dépendait du débiteur de s'obliger ou non ». Appliqué à notre hypothèse, ce raisonnement conduit à décider que l'on peut très-valablement consentir une hypothèque pour le cas où l'on contractera ensuite un emprunt. Sans doute l'hypothèque n'existera que si l'emprunt est réalisé, et il est au pouvoir du constituant de ne pas le réaliser, et, par suite, de ne pas faire naître l'hypothèque. Mais, s'il contracte, l'emprunt, il n'est pas en son pouvoir d'empêcher que le prêteur n'ait droit à cette hypothèque, pas plus qu'il n'est en son pouvoir de n'être pas obligé au remboursement des deniers qu'il a reçus. L'article 1174 est, par conséquent, étranger à ce cas (Cf. M. Laurent, *op. cit.*, t. XXX, n° 527).

309. Comme principe, il est donc certain qu'une hypothèque peut être établie dès à présent pour la garantie d'un emprunt qu'on se propose de faire ultérieurement. Peu importe, à cet égard, que le futur prêteur ne se soit pas engagé, lors de la constitution d'hypothèque, à fournir les fonds au futur emprunteur, qu'il n'y ait pas eu, en un mot, promesse de prêt. Cette circonstance, nous le verrons plus loin, a une importance considérable lorsqu'il s'agit de déterminer le rang de l'hypothèque ainsi constituée. Mais, au point de vue de la validité intrinsèque de cette hypothèque, elle est indifférente. Aussi ne comprenons-nous pas que, pour écarter l'objection tirée de l'article 1174, certains auteurs aient cru devoir s'appuyer sur cette idée que, dans une promesse de prêt, le futur prêteur contracte une obligation actuelle. Par cette convention, disent ces auteurs (V. notam. MM. Pont, *op. cit.*, n° 711 ; Boistel, *op. cit.*, n° 888), le promettant est lié, il n'est pas libre de ne pas prêter; celui auquel la promesse a été faite n'est pas lié, il demeure maître de devenir débiteur ou non. C'est là sans doute une condition potestative de sa part ; mais, comme ce n'est pas lui qui s'est obligé, l'article 1174 n'est pas violé. « En résumé, conclut M. Pont, nous sommes ici en présence d'une obligation valable, quoique suspendue par une condition. Elle subsiste comme telle ; or une con-

vention de cette nature est susceptible d'hypothèque ; donc la stipulation d'hypothèque que les parties contractantes y ont ajoutée est valable et doit elle-même subsister. » Cette façon de raisonner est inexacte à plusieurs points de vue. D'abord, l'hypothèque en question doit garantir l'obligation du futur emprunteur envers le futur prêteur, et non celle du futur prêteur envers le futur emprunteur ; peu importe, par conséquent, que le futur prêteur soit dès à présent obligé, puisque ce n'est pas lui qui constitue l'hypothèque. En second lieu, on ne peut pas dire qu'une promesse de prêt engendre au profit du promettant une créance conditionnelle. L'obligation qui incombera à celui auquel la promesse est faite, s'il réalise l'emprunt, de rembourser les avances qu'il aura reçues, est, au moment où nous nous plaçons pour l'apprécier, une obligation future, simplement éventuelle ; ce n'est pas une obligation conditionnelle. Autre chose est un élément essentiel d'un acte juridique, autre chose une condition. Celle-ci n'est qu'un adjectif; supprimons-la, l'acte qui en dépend subsistera, car il forme un tout, il se suffit à lui-même. Au contraire, supprimons un élément essentiel, il ne restera plus rien. Or, quand il a été fait une promesse de prêt, la nature des choses veut que le futur emprunteur ne soit obligé qu'après avoir reçu les deniers ; la numération des espèces est un

élément essentiel de tout prêt. Tant qu'elle n'a pas eu lieu, il n'y a pas de prêt; on ne saurait dire, par conséquent, qu'il existe à la charge du futur emprunteur une dette quelconque, ne fût-ce qu'une dette conditionnelle. Il devra, s'il emprunte ; mais, quant à présent, il ne doit rien, même sous condition suspensive. Il ne s'agit donc, en l'espèce, que d'une dette simplement éventuelle (Cf. MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, p, 777, note 1). Enfin, est-il besoin d'ajouter, après les explications que nous avons données plus haut, que les auteurs dont nous critiquons le raisonnement ne prennent pas l'article 1174 dans son véritable sens? Ils sont ainsi conduits à décider qu'une hypothèque ne saurait être valablement attachée à la garantie d'un prêt à venir dont la réalisation dépendrait non seulement de la volonté de l'emprunteur, mais encore de celle du prêteur (V. notam. M. Pont, *op. cit.*, n° 712). C'est là une erreur évidente. Nous le répétons, il est indifférent pour la solution de notre question que le futur prêteur soit ou non obligé dès le principe. L'obligation garantie par l'hypothèque est celle de l'emprunteur, et non celle du prêteur. Si la dette de l'emprunteur n'existe pas au moment même de la convention, ni comme pur et simple, ni même comme conditionnelle, elle naîtra s'il réalise l'emprunt. Cela suffit pour qu'elle puisse supporter une hypothè-

que, aucun principe ni aucun texte ne s'opposant à ce qu'on établisse une hypothèque pour sûreté d'une obligation future.

310. En pratique, une pareille constitution d'hypothèque intervient le plus souvent pour sûreté d'un crédit ouvert. On sait qu'une ouverture de crédit n'est autre chose qu'une promesse de prêt, par laquelle une personne, le créditeur, ordinairement un banquier, s'oblige à tenir à la disposition d'une autre personne, le crédité, des fonds jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. Selon les conditions stipulées, le crédité use du crédit soit en réclamant des avances directes, soit en tirant sur le banquier, soit en lui faisant escompter des effets qu'il a souscrits ou qui lui ont été remis, soit enfin en domiciliant chez lui ses paiements. Quoi qu'il en soit, l'ouverture de crédit n'engendre par elle-même qu'une créance éventuelle au profit du créditeur, car il dépend du crédité de ne pas devenir débiteur, en ne réclamant aucune avance. C'est cette créance éventuelle du créditeur qui peut être valablement garantie par une hypothèque conventionnelle. On avait tenté, à l'origine, toujours en s'appuyant sur l'article 1174, de contester la légitimité de l'hypothèque ainsi constituée (1). Mais cette doc-

(1) Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. III, p. 528, édit. de 1819 ; Battur, t. II, nº 283. — Colmar, 18 avril 1806, Dalloz, *Rép.*, vº

trine, qui ne reposait, ainsi que nous l'avons démontré, que sur une interprétation manifestement erronée de l'article 1174, n'a pas prévalu. On peut différer sur le raisonnement à tenir pour justifier la solution, mais on est d'accord aujourd'hui pour admettre qu'une hypothèque peut être consentie pour la garantie d'un crédit à réaliser. C'est là, on peut le dire, un point qui, dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, ne saurait plus être mis en question (1).

311. Mais l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert, reconnue légitime dans son principe, a donné lieu à une autre question plus discutée, encore qu'elle soit aujourd'hui parfaitement résolue en pratique. C'est la question de savoir quel rang il faut assigner à cette hypothèque, lorsque l'inscription est prise avant qu'aucune avance ait été faite au crédité. Est-elle oppo-

Privil. et Hypoth., nº 1321 ; Liége, 26 novembre 1824, *Pasic. belge*, 1823, p. 538.

(1) V. notam., en ce sens, Sirey *Consult.*, *Sir.*, 14, 2, 50; Grenier, *op cit.*, t. I, nº 26 ; Troplong, *op. cit.*, t. II, nº 478 ; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, t. II, nº 934 ; Pont, *op. et loc. cit.*, et *Revue critique*, t. XII, 1858, pp. 193 et s. ; Doublet, *Revue pratique*, t. VII, 1859, pp. 191 et s. ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 281, texte et note 66 ; Thézard, *op. cit.*, nº 69. — Req. rej., 26 janvier 1814, *Sir.*, 14, 1, 41 ; Req. rej., 10 août 1831, *Sir.*, 31, 1, 371 ; Besançon, 30 novembre 1848, *Sir.*, 48, 2, 729 ; Civ. cass., 21 novembre 1849, *Sir.*, 50, 1, 91 ; Paris, 15 janvier 1852, *Dall.*, 54, 5, 419. — Les arrêts plus récents ne prennent même plus la peine de s'expliquer sur cette question de principe : ils la supposent résolue.

sable aux tiers du jour de l'inscription pour toutes les avances à faire par le banquier, ou bien ne datera-t-elle pour chaque versement que du jour où il aura été opéré? La question est intéressante si l'on suppose que le crédité a conféré à des tiers sur le même immeuble des hypothèques inscrites dans l'intervalle qui s'est écoulé entre l'inscription prise en vertu de l'ouverture de crédit et les divers actes de réalisation (1).

La raison de douter, c'est que le créditeur ne devient créancier du crédité qu'au fur et à mesure des avances qu'il lui fait. Se peut-il que l'hypothèque, qui n'est qu'un droit accessoire, prenne rang à une époque antérieure à la naissance de la dette qu'elle doit garantir? Cette raison, que nos anciens jurisconsultes considéraient comme péremptoire (*Adde* aux auteurs cités plus haut : Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit. I, sect. I, art. 4 ; Basnage, *op. cit.*, chap. I, sect. 3), avait d'abord conduit quelques auteurs à décider que l'hypothèque du créditeur ne pourrait prendre rang que du jour des avances faites par lui au crédité et seulement au fur et à mesure de ces avances (Toullier, *Dr. civ. français*, t. VI, n° 546 ; Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 3, n° 2; Troplong, *op. et loc. cit.*,

(1) Sans même supposer que le crédité constitue des hypothèques conventionnelles, on peut prévoir, pour montrer l'intérêt de la question, la naissance sur les biens du crédité d'hypothèques légales ou judiciaires.

nos 479 et 480; Championnière et Rigaud, *op. et loc. cit.*). Plusieurs textes du Digeste, qui supposent une hypothèque consentie pour assurer le remboursement d'un prêt non encore réalisé et lui donnent effet seulement du jour où le prêt sera réalisé, semblaient à première vue favorables à cette doctrine (Gaïus, loi 11, pr., D., *Qui pot. in pign.*, XX, 4; Paul, loi 4, D., *Quæ res pign.*, XX, 3).

Aujourd'hui cette manière de voir est généralement abandonnée. On lui oppose des arguments si concluants, même au point de vue du droit romain, que la question du rang de l'hypothèque garantissant un crédit ouvert ne saurait plus être considérée comme une question controversée. De même que l'on admet comme un axiome qu'une hypothèque peut être valablement conférée pour sûreté d'une ouverture de crédit, de même on doit admettre comme un principe désormais incontestable que cette hypothèque est opposable aux tiers du jour de son inscription, et non pas seulement du jour de la réalisation du crédit (1).

(1) Grenier, *op. cit.*, t. I, no 26; Pardessus, *Cours de dr. comm.*, t. IV, no 1137; Pont, *op. cit.*, no 719; Doublet, *op. cit.*, pp. 199 à 201; Demolombe, *op. cit.*, t. XXV, nos 392 à 394; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 283, texte et note 71; G. Demante, *Principes de l'Enregistrement*, t. I, no 398; Boistel, *op. et loc. cit.*; Thézard, *op. et loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, no 1400. — Liège, 28 juin 1823, *Sir.*, 23, 2, 348; Douai, 17 décembre 1833, *Sir.*, 34, 2, 279; Bourges, 5 juin 1839, *Dall.*, 40, 2, 198; Paris, 20 août 1841, *Sir.*, 41, 2, 541; Poitiers, 9 janvier 1844, *Dall.*, 44, 2, 58; Paris, 30 mars 1842, *Sir.*, 43, 2, 113; Req. rej., 8 mars 1853, *Sir.*, 55, 1, 214; Rouen, 3 août 1864. *Sir.*, 66, 2, 127, etc.

En fait, disons-le d'abord, cette solution, loin de présenter le moindre inconvénient, n'offre que des avantages. Elle n'a aucun inconvénient, car les tiers, prévenus par l'inscription de l'existence de l'hypothèque, ne sont pas surpris. Elle est éminemment avantageuse, car, si la thèse contraire avait dû prévaloir, toute ouverture de crédit eût été désormais refusée par les banquiers à ceux qui n'auraient pu donner qu'une garantie hypothécaire. En effet, avec le système contraire, le créditeur aurait eu à redouter la constitution ou la naissance sur les immeubles du crédité d'hypothéques primant la sienne et venant, par conséquent, supprimer ou tout au moins diminuer la sûreté en vue de laquelle il avait consenti à s'obliger. C'est ce que la Faculté de droit de Strasbourg mettait bien en lumière, lors de l'enquête administrative de 1841, quand elle disait : « Les constitutions d'hypothèques pour sûreté de crédits ouverts se multiplient davantage de jour en jour, et il ne faut pas s'en étonner. Elles sont, pour les simples particuliers comme pour les négociants, un élément commode de crédit, dont il serait contraire à l'intérêt général d'entraver l'emploi et le développement. Or, en ne donnant à l'hypothèque que la date des diverses avances successivement faites à l'emprunteur, on enlève au prêteur les garanties que la convention devait lui assurer, et

on dépouille, par cela même, cette convention de son caractère propre, et des avantages particuliers à raison desquels elle constitue un moyen de crédit distinct de l'hypothèque ordinaire. En effet, dans ce système, le prêteur devrait, s'il voulait avoir la certitude que son gage n'a pas été diminué, se faire représenter une nouvel extrait du registre des inscriptions hypothécaires chaque fois que l'emprunteur viendrait demander une avance, et il serait autorisé à refuser des fonds si ce dernier ne justifiait pas de l'absence de nouvelles hypothèques. Cela n'est-il pas incompatible avec la nature d'un crédit ouvert, dont l'effet doit être d'autoriser l'une des parties à puiser, quand bon lui semble, à la caisse de l'autre, les sommes dont elle peut avoir besoin ? Comment d'ailleurs ferait-on, si, au lieu de se présenter elle-même à la caisse du banquier, la personne qui a un crédit ouvert a fourni des traites sur lui ? Les porteurs de ces traites seront-ils, eux aussi, tenus de justifier que le tireur n'a pas consenti d'hypothèque au profit de tiers ? Il faut donc le reconnaître : la restriction de l'effet de l'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, aux dates respectives des avances successivement faites à l'emprunteur, aurait pour résultat de rendre impraticable ce genre de constitutions d'hypothèques, ou du moins d'en entraver l'emploi par des difficultés qui les prive-

raient des avantages particuliers qu'elles offrent, quand on leur donne tout l'effet qu'elles doivent produire d'après l'intention des parties. Quant aux dangers que l'on prétend qui résulteraient pour les tiers du système opposé, ils n'existent réellement pas, puisque l'inscription de l'hypothèque pour crédit ouvert leur fait d'avance connaître la somme à laquelle cette hypothèque pourra s'élever » (*Doc. hyp.*, t. III, pp. 346 et suiv.).

En droit, c'est une règle, conforme d'ailleurs à l'équité, que l'on ne doit pas diviser les clauses d'une convention. Or, dans l'hypothèse que nous examinons, il est bien certain que le créditeur n'a consenti à s'obliger envers le crédité qu'en considération de la garantie que celui-ci lui offrait; l'hypothèque forme la contre-partie, le corrélatif, la cause même de l'obligation du crédité. Et comme celle-ci prend naissance à l'instant même de la signature du contrat, comme, dès ce moment, le crédité peut réclamer au banquier tout ou partie de la somme pour laquelle le crédit a été ouvert, n'est-il pas naturel que l'hypothèque remonte à la même date, et, suivant l'expression concise autant que juste de MM. Aubry et Rau (*op. et loc. cit.*), « qu'elle garantisse au créditeur, à partir de ce jour, le remboursement de la créance éventuelle qui naîtra de l'accomplissement de sa propre obligation, actuellement exigible ? »

Le droit romain ne décidait pas autre chose. Dans les savants développements qu'il a consacrés à la *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain* (pp. 283 et s.), M. Bufnoir, notre éminent maître, a démontré jusqu'à l'évidence que si, dans les espèces prévues par les textes du Digeste sur lesquels s'appuie la thèse contraire, l'hypothèque n'a rang que du jour de la réalisation du prêt, ce n'est pas, quoi qu'en disent Gaïus et Paul, parce qu'il dépend de l'emprunteur de ne pas recevoir les deniers et, par suite, de n'être pas débiteur, mais bien parce que le créancier futur ne s'est pas engagé à réaliser le prêt. On peut alors, sans blesser l'équité, ne donner rang à l'hypothèque que du jour où le prêt sera effectué. Mais dès que le créancier futur se trouve lié lui-même, comme dans le cas d'une promesse de prêt, il est inadmissible qu'il soit au pouvoir de l'emprunteur d'annihiler les sûretés qui l'ont déterminé à s'engager, et l'on ne peut, sans un texte précis, accuser le droit romain d'avoir consacré une pareille iniquité.

Or, non seulement ce texte précis n'existe pas, mais il y a au Digeste une loi de Papinien (Loi 1, pr., *Qui pot. in pign.*, XX, 4), qui, dans le cas d'une *promissio dotis*, hypothèse assez semblable à celle d'une promesse de prêt, décide que l'hypothèque consentie au moment de la *promissio*, pour

assurer la restitution de la dot au constituant, prend rang du jour de sa constitution, et non du jour où la dot aura été effectivement comptée. Et le motif que donne Papinien de cette solution, c'est justement que le créancier futur, celui qui fait la *promissio*, est lié par le contrat, qu'il n'est pas libre de refuser la numération d'argent qu'il a promise. « Avec une vraisemblance bien voisine de la certitude, dit à ce propos M. Accarias (*Revue critique*, 1867, p. 181), M. Bufnoir établit qu'il ne faut nullement s'attacher au caractère plus ou moins potestatif de la condition du côté du débiteur, mais que le seul point essentiel est celui-ci : le futur créancier est-il libre de ne pas devenir créancier ? S'agit-il, par exemple, d'un capitaliste qui reçoit hypothèque pour la sûreté d'un prêt qu'il se réserve de me faire ou de ne pas me faire ? Ici et dans tous les cas semblables, l'hypothèque ne datera que du jour de la condition réalisée. Hors ces cas, elle prendra rang du jour même de la constitution. Cette distinction que l'auteur appuie sur un texte de Papinien explique tous les autres textes et cadre constamment avec leurs décisions, sinon toujours avec leurs motifs. »

Il est vrai que, dans notre doctrine, l'hypothèque est opposable aux tiers avant la naissance de la dette qu'elle doit garantir. Mais rien ne s'oppose en droit à ce que, suivant la disposition générale de l'article 2134, l'on s'attache, pour déterminer le

rang du créancier, à la date de l'inscription, et non à celle de la réalisation du crédit. La loi elle-même, dans l'article 2135-1°, admet que l'effet d'une hypothèque peut remonter à une date antérieure à la naissance de la créance qu'elle est destinée à garantir, en décidant que l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit prend rang, pour le compte de tutelle tout entier, à la date du commencement de la tutelle. Et pourtant c'est là une solution qui, à la différence de celle que nous défendons, n'est pas sans danger pour les tiers, puisque le montant du compte de tutelle n'a pas à l'avance un maximum déterminé, tandis que l'inscription prise en vertu de l'ouverture de crédit détermine exactement la somme garantie et permet ainsi aux tiers de traiter avec le crédité en parfaite connaissance de cause.

Un fait législatif important est venu, d'ailleurs, confirmer la solution que nous défendons. La loi fiscale du 23 août 1871, article 5, décide que « le droit d'hypothèque, fixé à un pour mille par l'article 60 de la loi du 28 avril 1816, sera perçu lors de l'inscription des hypothèques garantissant les ouvertures de crédit ». Et l'on en a donné pour raison, dans les travaux préparatoires, que les ouvertures de crédit sont presque toujours suivies de réalisation et que l'inscription prise par le créditeur lui assure un rang immédiat. » Que le droit

sur l'obligation du crédité ne puisse pas être exigé, dit le rapport présenté au nom de la commission à l'Assemblée nationale, cela se conçoit, puisqu'au moment de la formation du contrat cette obligation n'a pas encore d'existence; mais pourquoi le droit d'hypothèque ne serait-il pas exigible au moment où l'inscription est prise? Une hypothèque peut être valablement constituée au profit d'une créance purement éventuelle ; l'hypothèque consentie dans l'acte d'ouverture de crédit spécialement produit des effets à partir de l'inscription et garantit à sa date toutes les réalisations ultérieures ; elle prime, par conséquent, tous autres créanciers, dont les inscriptions seraient postérieures, bien que leurs prêts et leurs inscriptions fussent antérieurs aux versements faits au crédité. Si l'hypothèque produit ainsi des effets immédiats, il est juste de percevoir le droit au moment de l'inscription. » M. G. Demante (*op. et loc. cit.*), en quelques mots qui méritent qu'on les reproduise, fait ressortir nettement la portée de la loi nouvelle au point de vue de la question qui nous intéresse : « Depuis longtemps, dit-il, il était admis dans la pratique que l'hypothèque, inscrite pour sûreté d'un crédit ouvert, prend rang à la date de l'inscription. Puisque aujourd'hui le législateur, en matière fiscale, prend pour accordée la jurisprudence qui a prévalu sur ce point, en matière civile ; puisqu'il prend occasion de cette jurisprudence pour décré-

ter l'exigibilité immédiate d'un droit proportionnel d'enregistrement, il faudrait une étrange obstination pour contester encore à l'hypothèque dont il s'agit le bénéfice du rang qu'on lui a fait payer. »

C'est en ce sens que s'est prononcée, en Belgique, la loi du 16 décembre 1851, dont l'article 80-3° est ainsi conçu : « L'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, à concurrence d'une somme déterminée qu'on s'oblige à fournir, est valable ; elle prend rang à la date de son inscription, sans égard aux époques successives de la délivrance des fonds, qui pourra être établie par tous les moyens légaux. »

312. Indépendamment de la loi du 23 août 1871, la plupart des auteurs citent aussi, pour appuyer la doctrine généralement acceptée, la loi du 10 juin 1853, relative aux sociétés de crédit foncier, dont l'article 4 porte : « L'hypothèque consentie au profit d'une société de crédit foncier, par le contrat conditionnel de prêt, prend rang du jour de l'inscription, quoique les valeurs soient remises postérieurement. » Ainsi que le font remarquer MM. Lyon-Caen et Renault (*op. et loc. cit.*, p. 778, note 5), l'argument tiré de ce texte repose sur une confusion évidente. Dans cette disposition, il ne s'agit nullement d'une *ouverture de crédit*, c'est-à-dire d'une convention par laquelle une partie s'oblige

à prêter, sans que l'autre s'oblige à emprunter, mais d'un *contrat conditionnel de prêt*, contrat dans lequel, la condition accomplie, la société est obligée de verser les fonds et l'emprunteur de les recevoir. On ne peut donc pas dire que l'obligation de celui-ci est une obligation simplement future ; il est tenu sous une condition suspensive, et, quand cette condition se réalise, la dette est réputée avoir existé *ab initio* (art. 1179), ce qui est une raison de plus pour admettre que le rang de l'hypothèque remonte au jour de l'inscription. Voici, d'ailleurs, l'hypothèse visée par l'article 4 de la loi du 10 juin 1853. Les sociétés de crédit foncier ne peuvent, sauf dans certains cas exceptionnels déterminés par la loi, prêter que sur première hypothèque (1). Aussi toute demande d'emprunt adressée à une société de ce genre est-elle suivie d'une instruction, qui a pour objet l'examen de la personne du requérant, au point de vue de sa capacité, et des biens offerts en hypothèque, au point de vue de l'établissement de la propriété et de la solidité du gage, et pour but d'assurer à la société la priorité du rang hypothécaire. Cette instruction terminée, le conseil d'administration passe avec l'emprunteur un acte conditionnel de prêt, renfermant toutes les condi-

(1) Décret du 28 février 1852, art. 6. — V., au surplus, pour les conditions principales des prêts faits par la *Société du Crédit foncier de France*, les art. 52 à 57 des statuts approuvés par le décret du 16 août 1859.

tions du contrat, en vertu duquel acte il fait prendre une inscription hypothécaire. Il est ensuite procédé aux formalités de purge (1), et, une fois ces formalisés accomplies, selon qu'il s'est ou non révélé un obstacle à cette priorité de rang sans laquelle le prêt ne saurait avoir lieu, un second acte intervient qui constate l'annulation du prêt conditionnel ou sa réalisation définitive (2).

313. Est-il besoin d'ajouter, pour en revenir à l'ouverture de crédit, et ce que nous disons de l'ouverture de crédit s'applique également à la simple promesse de prêt, que sa réalisation peut être établie vis-à-vis des tiers par tous les moyens légaux ? C'est l'expression même dont s'est servi le législateur belge dans l'article 80-3° précédemment reproduit. On ne discute plus aujourd'hui cette question, et Merlin lui-même, qui avait d'abord exigé une justification par acte notarié, a reconnu que sa doctrine reposait sur une erreur (3). Nous savons, en effet, que le titre constitutif de l'hypothèque est seul assujetti à la forme authentique. Pour étendre cette exigence jusqu'aux

(1) V., sur la faculté de purger accordée aux sociétés de crédit foncier, le décret du 28 février 1852, art. 8, et la loi du 10 juin 1853, art. 2.

(2) V., pour plus de détails, MM. Josseau, *Traité du Crédit foncier*, t. I, nos 184 et s. ; G. Demante, *op. et loc. cit.*, no 399.

(3) *Quest.*, vo Hypothèque, § 3, no 1, *in fine*. — MM. Pont, *op. cit.*, no 418 ; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 283, texte et note 70; Boistel, *op. et loc. cit.* ; Thézard, *op. et loc. cit.*

pièces nécessaires à la liquidation de la créance garantie, il faudrait, comme le dit Merlin, être législateur (V. *suprà*, n° 208). Au surplus, la nécessité d'une quittance notariée aboutirait à une véritable impossibilité, dans les cas fréquents où l'ouverture de crédit est accompagnée d'un compte-courant, car il y a alors un va-et-vient continuel de sorties et de rentrées de fonds dont la constatation ne saurait être astreinte à des formalités compliquées. Aussi la jurisprudence n'a-t-elle jamais hésité à reconnaître que les versements divers peuvent être établis *erga omnes* à l'aide de simples quittances sous seing privé, de lettres missives, et même, s'il s'agit de relations entre commerçants, par leurs livres de commerce (1). En définitive, de quoi se plaindraient les tiers? L'inscription ne leur a-t-elle pas fait connaître la somme jusqu'à concurrence de laquelle ils pouvaient s'attendre à être primés par le créditeur? Que si, d'ailleurs, ils soupçonnent une entente frauduleuse entre celui-ci et le crédité, ils peuvent toujours prouver la fraude dont ils sont les victimes.

314. Une question qui ne saurait non plus nous retenir bien longtemps, c'est la question de savoir quelle est l'étendue de l'hypothèque stipulée pour sûreté d'une ouverture de crédit. Il va de soi, en

(1) Caen, 14 août 1812, *Sir.*, 13, 2, 128 ; Douai, 17 décembre 1833, *Sir.*, 34, 2, 279 ; Aix, 29 mai 1841, *Sir.*, 41, 2, 520.

effet, que l'hypothèque ne peut dépasser, ni quant à la somme, ni quant au temps, les limites du crédit ouvert.

Le crédit n'est-il limité que quant à la somme, l'hypothèque garantit toutes les avances réellement effe tuées jusqu'à concurrence de cette somme, quelle que soit d'ailleurs l'époque à laquelles les avance sont été faites. Si elles sont supérieures à la somme fixée, l'hypothèque n'est pas valable pour l'excédent (art. 2132) ; si elles lui sont inférieures, le créditeur ne peut pas prétendre à une garantie qui dépasse le montant de sa créance.

Que si le crédit est limité à la fois à une certaine somme et à une certaine période de temps, l'hypothèque ne garantit que les avances faites en deçà et de la somme et du temps convenus. Si au terme fixé, le crédit n'était pas épuisé, l'hypothèque ne vaudrait pas pour les avances effectuées ultérieurement, quand même ces avances jointes aux précédentes n'excéderaient pas le chiffre du crédit.

315. Tout cela est incontestable. Mais, en pratique, différentes conventions spéciales, qui interviennent fréquemment entre le créditeur et le crédité, ont fait naître quelques difficultés sur la solution desquelles ont est, du reste, parfaitement d'accord aujourd'hui.

Ainsi, il peut arriver que l'acte d'ouverture de

crédit impose au crédité l'obligation de remettre, au fur et à mesure des versements, des billets à ordre souscrits par lui ou d'autres effets négociables. Cette combinaison permet au créditeur de rentrer immédiatement dans ses avances, en négociant les valeurs que lui remet le crédité. En vertu des principes que nous avons exposés précédemment (V. *suprà*, nos 217 et 218), l'hypothèque consentie pour garantie du crédit ouvert s'attachera à ces valeurs, qui représentent la dette elle-même, et passera avec elles, par le seul fait des endossements, aux porteurs successifs, si d'ailleurs telle a bien été l'intention des parties (1). Il n'est pas besoin, pour atteindre ce résultat, d'indiquer sur les effets eux-mêmes la garantie hypothécaire dont ils sont revêtus ; mais cela vaut mieux, car les porteurs successifs sont ainsi prévenus de l'existence de la sûreté réelle et acceptent d'autant plus facilement les titres qui leur sont offerts. Il va sans dire que, s'il y a lieu d'ouvrir un ordre sur le prix de l'immeuble hypothéqué, tous les tiers porteurs seront colloqués concurremment au rang assigné à l'hypothèque garantissant l'ouverture de crédit, sans égard à la date des endossements qui leur ont transmis les effets, car l'antériorité des endos-

(1) V. notam. Colmar, 30 décembre 1850, et 29 mars 1852, *Sir.*, 54, 2, 487 ; Dijon, 5 août 1858, *Sir.*, 59, 2, 50 ; Toulouse, 18 mars 1885, *Dall.*, 86, 2, 204.

sements ne peut conférer aucun droit de préférence (Colmar, 29 mars 1852, précité). Mais il se peut que le créditeur ait gardé entre ses mains quelques-uns des effets souscrits par le crédité. On s'est alors demandé s'il ne pourrait pas prétendre, en cas d'insuffisance du gage hypothécaire, les faire venir en concours avec ceux qu'il a endossés. C'est là évidemment, comme dans toutes ces matières, une question dont la solution dépend surtout des circonstances de fait dans lesquelles elle se présente. Cependant, en l'absence d'indication contraire, le juge ne doit pas hésiter, croyons-nous, à admettre la collocation des tiers porteurs par préférence à celle du créditeur. On ne saurait invoquer ici la règle *Nemo censetur subrogasse contra se* (art. 1252, C. civ.), car ce n'est pas une subrogation que l'endosseur consent aux endossataires, mais une véritable cession de créance. Il leur doit donc garantie, et ne peut, par conséquent, réduire leur collocation par son concours, car ce serait les évincer (1).

Quoi qu'il en soit, au point de vue de l'étendue de l'hypothèque, le seul dont nous ayons à nous préoccuper ici, la circonstance que la créance du créditeur se trouve représentée par des effets de commerce en circulation ne saurait avoir pour ré-

(1) En ce sens, Civ. rej., 20 juin 1854, *Sir.*, 54, 1, 593 ; Rouen, 9 mai 1854, *Dall.*, 54, 2, 247 ; Toulouse, 18 mars 1885, précité.

sultat de modifier, du moins en principe, les règles que nous avons posées sous le numéro précédent.

Si le crédit n'est limité que quant à la somme, il n'y aura pas à rechercher à quelle époque les effets représentant les fonds versés ont été remis au crédité; il n'y aura même pas à tenir compte du nombre de ces effets : l'étendue de la garantie hypothécaire n'en restera pas moins déterminée par le chiffre du crédit. Au premier abord, on pourrait penser qu'une fois ce chiffre atteint par les effets remis par le crédité et négociés par le créditeur, l'hypothèque ne s'attache pas aux effets postérieurs. Ce serait une grave erreur. Il ne faut pas oublier, en effet, que l'endossement des effets à des dates différentes ne peut créer aucune antériorité (Colmar, 29 mars 1852, précité). Aussi, comme le fait remarquer avec juste raison M. Challamel (*Étude sur les cédules hypothécaires*, § 26), « la sécurité des tiers porteurs diminue-t-elle à mesure que s'augmente le nombre des billets endossés ; si le créditeur et le crédité sont de mauvaise foi et s'entendent pour mettre en circulation un trop grand nombre d'effets, la garantie résultant de l'hypothèque devient illusoire ».

Si le crédit est limité à la fois quant à la somme et quant au temps, le même danger subsiste : il se peut, en effet, que, pendant le temps convenu, le

créditeur reçoive du crédité et mette en circulation un nombre de valeurs dont le montant dépasse de beaucoup le *quantum* de la créance garantie par l'hypothèque.

Ces inconvénients n'empêchent pas que la combinaison en question ne soit très-pratiquée. Les recueils de jurisprudence en font foi. Nous n'avons pas, quant à nous, à insister autrement sur ce point. Qu'il nous suffise d'ajouter, pour compléter ce qui est relatif à l'étendue de la garantie hypothécaire, que, dans le cas d'une ouverture de crédit limitée à une certaine somme et à un certain temps, les parties sont libres de convenir que le crédit sera appliqué au paiement, jusqu'à due concurrence, d'une dette antérieure du crédité envers le créditeur. Les tiers ne sauraient s'en plaindre dès lors que la somme pour laquelle il a été pris inscription n'est pas dépassée ; la seule chose qui les intéresse, c'est de savoir si le crédité est devenu réellement débiteur du créditeur (Aix, 29 mai 1841, *Sir.*, 41, 2, 520). A cet ordre d'idées se rattache indirectement un ensemble de décisions qui admettent que l'hypothèque conférée pour sûreté d'un crédit ouvert jusqu'à concurrence d'une certaine somme peut valablement s'appliquer aux créances nées du renouvellement de billets échus, bien que la souscription de ces billets ait eu lieu à l'ouverture du crédit. Toutefois, il n'y a pas là, à

proprement parler, d'exception au principe que l'hypothèque stipulée dans l'acte d'ouverture du crédit ne garantit pas, à moins de stipulation expresse, les avances antérieures ; le renouvellement des billets échus constitue, en effet, une novation de la dette, de sorte que les nouveaux billets doivent être considérés comme représentant, non plus l'ancienne dette, mais une avance faite en exécution de l'acte de crédit (1). On peut rapprocher de ces décisions un arrêt de la Chambre des Requêtes du 3 août 1870 (*Sir.*, 72, 1, 219), lequel a jugé que le créditeur, porteur d'un billet souscrit par le crédité antérieurement à l'ouverture du crédit, et qui, au lieu d'exiger le remboursement de ce billet arrivé à échéance, consent à en faire la remise au crédité, acquiert ainsi une créance nouvelle dont le paiement est assuré par l'hypothèque qui garantit le crédit.

A l'inverse, l'hypothèque constituée pour garantie des avances que le créditeur s'est engagé à faire contre remise d'effets de commerce jusqu'à une certaine époque, s'étend aux effets postérieurs à cette époque, s'il est constaté que ce ne sont que des renouvellements, sans novation, d'effets antérieurs (Req. rej., 9 mars 1869, *Sir.*, 69, 1, 263).

Il suffit évidemment d'indiquer ces solutions,

(1) V. notam. Caen, 24 mai 1842, *Sir.*, 42, 2, 188 ; Req. rej., 2 juin 1863, *Sir.*, 63, 1, 335 ; Rouen, 3 août 1864, *Sir.*, 66, 2, 127. — *Adde* Paris, 13 décembre 1888, *Gaz. Pal.*, 89, 1, 281, et les renvois.

qui ne sont que la consécration de la volonté des parties et qui, d'ailleurs, au point de vue juridique, sont l'application pure et simple de principes incontestés.

316. Nous avons constamment supposé, dans les explications qui précèdent, une ouverture de crédit sans compte-courant. Ce n'est pas, on le sait, l'hypothèse pratique. Le plus ordinairement le crédité ne se borne pas à toucher des fonds, il fait aussi des remboursements partiels, sauf à réclamer ensuite de nouvelles avances, dans les limites de la somme jusqu'à concurrence de laquelle le crédit lui a été consenti. Nous avons vu (V. *suprà*, n° 180) qu'en pareil cas, en vertu du principe de l'indivisibilité du compte-courant, l'hypothèque ne garantit que le solde du compte tel qu'il sera arrêté lors de la clôture du crédit (V. notam. Civ. rej., 29 décembre 1880, *Dall.*, 81, 1, 54).

Si nous supposons qu'un terme a été assigné par le contrat à la durée du crédit, il est intéressant de rechercher quelle serait, au point de vue de l'étendue de la garantie hypothécaire, la conséquence de la prorogation du crédit au delà du jour fixé pour la clôture du compte. Que les parties aient le droit de continuer leurs opérations après le terme primitivement convenu, c'est ce qui ne saurait faire aucun doute. Mais, étant donné le principe de l'indivisibilité du compte-courant, cette

circonstance, qui reporte la clôture définitive du compte à une date ultérieure à celle prévue dans le contrat, ne va-t-elle pas avoir pour effet de reporter à la même date la détermination de la créance garantie par l'hypothèque? C'est ce qu'avait pensé la Cour de Rouen (29 janvier 1849, *Sir.*, 50, 2, 138). Mais la Cour de Cassation lui a répondu avec raison que, si, d'après l'intention des parties, qui est la loi du contrat, les fluctuations du compte-courant font obstacle à ce que le créditeur puisse être considéré comme créancier avant la clôture réelle et définitive du compte, il n'en est pas nécessaire-ainsi vis-à-vis des tiers, à qui la règle de l'indivisibilité ne saurait être opposée qu'autant que leurs droits n'en recevraient aucune atteinte (art. 1165, C. civ.); or, les tiers ne seraient-ils pas fondés à se plaindre, si on prétendait faire valoir contre eux l'hypothèque pour une somme supérieure à celle dont le crédité se trouvait débiteur à l'époque qui leur a été annoncée comme devant être celle de la clôture des opérations? (1).

Mais quelle solution donner au cas où la créance du créditeur serait inférieure, à l'expiration du délai prorogé, à ce qu'elle était au terme convenu primitivement? Les tiers ne pourraient-ils pas

(1) Civ. cass., 22 mars 1852, *Sir.*, 52, 1, 308, et, sur renvoi, Paris, 21 décembre 1852, *Sir.*, 53, 2, 5.

dire que, le compte-courant ayant pris fin à leur égard au jour où, d'après la convention primitive, il devait être arrêté, les versements effectués ultérieurement par le crédité ont été vis-à-vis d'eux, non pas des remises, mais de simples paiements, de sorte que, à un moment donné, l'hypothèque a pu se trouver éteinte avec la dette elle-même? Ce serait exagérer les conséquences de l'article 1165 du Code civil. Que les parties, en prorogeant la durée du compte, n'aient pas pu aggraver la position des tiers, rien de mieux. Mais ici les tiers ne se bornent pas à rester en dehors des opérations intervenues entre les parties; ils invoquent ces opérations mêmes, puisqu'ils prétendent que les remises ultérieures ont éteint le solde qui existait au jour fixé pour la clôture du compte. Or, ils ne sauraient invoquer ces opérations sans les prendre avec le sens qu'elles ont eu entre les parties. La conclusion à tirer de là, c'est que, si le solde final est plus faible que le solde au terme primitivement convenu, les tiers peuvent, conformément au droit commun, invoquer la réduction de la créance garantie et, partant, de l'hypothèque; mais ils seraient mal fondés à prétendre que la nouvelle créance, quoique inférieure à l'ancienne, n'est pas garantie hypothécairement. En d'autres termes, l'hypothèque couvre le solde final jusqu'à concurrence du montant du solde qui existait à l'expira-

tion du terme convenu. C'est la solution qui prévaut en doctrine et en jurisprudence (1).

L'adjonction d'un compte-courant à l'ouverture de crédit ne s'oppose pas à ce que le crédité remette au créditeur des effets négociables en échange des avances qu'il reçoit. Seulement, le principe de l'indivisibilité du compte-courant fait alors obstacle à ce que la garantie hypothécaire vienne s'adjoindre à ces effets et soit, par suite, transmise aux tiers porteurs. Le paiement du solde étant seul garanti par l'hypothèque, celle-ci ne saurait profiter qu'au créancier du solde, c'est-à-dire au créditeur lui-même. C'est, au surplus, la seule solution conforme à l'intention des parties, qui, nous le savons, est ici souveraine (Req. rej., 26 décembre 1871, *Sir.*, 71, 1, 212).

APPENDICE II

DES MODALITÉS DONT EST SUSCEPTIBLE LA CONSTITUTION D'HYPOTHÈQUE

317. Comme toute autre convention, le contrat d'hypothèque est susceptible d'être modifié, d'après la volonté des parties, par un terme ou par une

(1) V. notam. Paris, 21 décembre 1852, précité. — MM. Massé. note sous l'arrêt de cassation précité ; Pont, *op. cit.*, n° 716 ; Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 282, texte et note 68 ; Boistel, *Théor. jurid. du compte-courant*, n° 43.

condition. Ainsi, le débiteur peut convenir avec le créancier que l'hypothèque ne vaudra que jusqu'à telle époque, ou qu'elle ne prendra naissance que si tel événement arrive. Dans la pratique, suivant la juste observation de M. Laurent (*op. et loc. cit.*, n° 538), ces modalités sont rares, parce qu'elles enlèvent à la garantie hypothécaire un de ses avantages les plus précieux, la certitude. Mais elles sont licites, et, si elles sont voulues, elles peuvent être valablement insérées dans l'acte constitutif d'hypothèque. C'est là un point incontesté, sur lequel nous n'avons pas à insister.

318. Toutefois, la loi déclare nulle et non avenue la clause, dite de *voie parée*, par laquelle le créancier serait autorisé, en cas de non-paiement, à vendre ou à faire vendre les biens hypothéqués, sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière (Pr., art., 742).

Mais nous sommes d'accord avec la jurisprudence (1) pour admettre la validité, comme vente conditionnelle, de la clause autorisant le créancier à s'approprier, à défaut de remboursement à l'échéance, l'immeuble hypothéqué. La loi, il est vrai, prohibe expressément l'insertion d'une pareille clause dans les actes constitutifs de gage et

(1) V. notam. Toulouse, 16 mars 1812, et 1er mars 1822, *Sir.*, 24, 2, 14 et 15; Montpellier, 26 juillet 1833, *Sir.*, 34, 2, 29; Montpellier, 6 mars 1840, *Sir.*, 40, 2, 531; Civ. cass., 1er juillet 1844, *Sir.*, 45, 1, 17; Req. rej., 26 février 1856, *Sir.*, 56, 1, 667.

d'antichrèse (art. 2078 et 2088, C. civ.), et il semblerait assez rationnel d'étendre la même prohibition, en la supposant justifiée, à l'acte constitutif d'hypothèque : les situations ne sont-elles pas identiques? Mais, dans le silence de la loi, cette extension serait contraire au principe suivant lequel il n'y a pas d'exception sans texte. Or, qui dit prohibition dit exception. Nous considérons donc l'opération comme non défendue par la loi et partant comme valable. Il n'y a pas, comme on l'a soutenu (1), de distinction à faire à cet égard entre le cas où le prix serait évalué dans le contrat lui-même et celui où il devrait être déterminé par experts convenus entre les parties ou à désigner par le juge; peu importe même que le contrat fixe ce prix au montant de la dette garantie par l'hypothèque. La liberté des conventions doit conserver ici tout son empire (2). Seulement, s'il apparaissait, d'après les faits de la cause, notamment à raison de l'infériorité du prix, que la clause en question a été le résultat de l'abus que le créancier a fait de la gêne du débiteur, il va sans dire qu'elle devrait être annulée par application de l'article 1109 du Code civil. Ce sera au débiteur à établir que son consentement n'a pas été libre. Les juges apprécieront.

(1) Troplong, *De la vente*, t. I, nº 77.

(2) En ce sens, MM. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*, p. 285, texte et note 74 et 75. — *Contra*, M. Laurent, *op. et loc. cit.*, nº 540.

TABLE ANALYTIQUE

AVANT-PROPOS . . . . . *page* 123

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION HISTORIQUE ET CRITIQUE. — LÉGISLATION COMPARÉE

1. Division de la première partie en neuf paragraphes.. *page* 129

I. *Question d'origine.* — 2. Les Romains n'ont pas emprunté l'hypothèque aux Grecs. Preuves : — 3. Textes des auteurs latins ; — 4. Comparaison entre l'hypothèque grecque et l'hypothèque romaine . . . . . *pages* 130-134

II. *Droit grec.* — 5. Insuffisance des documents qui nous sont parvenus. — 6. Historique et constitution de l'hypothèque grecque. — 7. Mesures de publicité. — 8. Appréciation. *pages* 134-138

III. *Droit romain.* — 9. L'hypothèque était occulte et générale. — 10. Elle s'établissait *nuda conventione.* — 11. Vaine tentative de l'empereur Léon. — 12. Historique de l'hypothèque romaine. — 13. Des conditions requises dans la personne du constituant. — 14. De l'hypothèque de la chose d'autrui. — 15. Des propriétaires qui ne pouvaient pas hypothéquer. — 16. Des non-propriétaires qui pouvaient hypothéquer. — 17. Transitition. . . . . *pages* 138-149

IV. *Ancien droit français.* — 18. De la clause d'*obligation* . — 19. Principe de l'ensaisissement. — 20. Il tombe peu à peu en désuétude dans la plupart des provinces. — 21. Des pays de nantissement. — 22. Efforts infructueux de la royauté pour étendre à la France entière les bienfaits de la publicité et de la spécialité : Édit de juin 1581 ; — 23. Édit de juin 1606 ; — 24. Édit de mars 1673. — 25. De l'édit de juin 1771. . . . . *pages* 149-156

26. Dans les premiers temps, l'hypothèque s'établissait, comme à Rome, *nuda conventione*. Procédés employés *ad probationem* : — 27. Témoins ; — 28. Lettres scellées ; — 29. Chirographes. — 30. Les lettres scellées perdent peu à peu leur force probante spéciale. — 31. Il en est de même des chirographes. De la reconnaissance et de la vérification en justice. — 32. La preuve testimoniale conserve son énergie jusqu'à la célèbre ordonnance de 1566. — 33. Influence de l'ordonnance de Moulins sur la preuve de l'hypothèque. Système spécial suivi dans le ressort du Parlement de Normandie. — 34. Comment on arriva à poser en principe que l'hypothèque conventionnelle ne pourrait résulter que d'un acte authentique. — 35. De la règle que tout contrat en forme authentique emporte hypothèque, sans autre stipulation. — 36. Résumé . . . . . *pages* 156-164

37. Comment on arriva à attacher de plein droit l'hypothèque générale à tous les actes authentiques. — 38. L'hypothèque spéciale était-elle encore possible ?. . . . . *pages* 164-167

39. Résumé du dernier état de l'ancien droit français en notre matière. — 40. Des conditions requises dans la personne du constituant. Renvoi . . . . . *pages* 167-168

V. *Droit intermédiaire.* — 41. Abrogation de la formalité du nantissement dans les pays où elle était encore pratiquée. — 42. Décret-loi du 9 messidor an III. — 43. De l'hypothèque préconstituée ou *sur soi-même* . . . . . *pages* 168-171

De l'hypothèque préconstituée. — Examen général de la question. — 44. Des cédules hypothécaires. — 45. Appréciation de l'institution au point de vue juridique ; — 46. Au point de vue économique. — 47. But financier poursuivi par le législateur de l'an III. — 48. Causes qui empêchèrent la mise en pratique du système. — 49. Comment il fut jugé pendant longtemps. — 50. Nouveau courant d'opinion en sa faveur. Écueil à éviter. — 51. Des bons fonciers en Prusse. — 52. Des *Handfesten* à Brême. — 53. Des bons hypothécaires en Algérie. Projet. — 54. Renvoi... *pages* 171-189

55. La loi du 11 brumaire an VII associe enfin la spécialité à la publicité . . . . . *pages* 189-190

VI. *Code civil.* — 56. Discussion. Adoption des principes de la loi de brumaire. — 57. Vue d'ensemble. . . . . *pages* 190-192

VII. *Du principe de l'authenticité.* — 58. Examen des motifs allégués pour le justifier ; protéger le constituant. — 59. Assurer la validité de l'hypothèque. — 60. Donner un titre exécutoire au créancier ; — 61. Empêcher la fraude des antidates ; — 62. Éviter une inscription inutile ou irrégulière. — 63. Insuffisance de ces divers motifs. — 64. Tendance actuelle à réduire au minimum indispensable les formes des actes juridiques . . . . *pages* 192-203

65. Frais élevés de la constitution d'hypothèque. — 66. Le monopole des notaires, en matière de constitution d'hypothèque, ne se justifie à aucun point de vue. — 67. L'art. 250 de la loi tunisienne du 1er juillet 1885, sur la propriété foncière. . . . *pages* 203-208

68. Législations étrangères . . . . . *pages* 208-210

VIII. *Du principe de la spécialité.* — 69. Sa justification. Avantages multiples de la spécialité. — 70. *Desiderata.* — 71. De la spécialité quant au rang . . . . . *pages* 210-218

72. La spécialité de l'hypothèque ne se rattache pas nécessairement à la publicité. . . . . *pages* 218-221

73. Législations étrangères . . . . . *pages* 221-223

IX. *Législations étrangères qui admettent, pour la constitution de l'hypothèque conventionnelle, des principes différents des nôtres.*

Le système français et le système allemand, en matière de constitution et de transmission de droits réels immobitiers. — Des principes de la publicité et de la légalité.

74. Deux grands systèmes hypothécaires en Europe : le système français et le système allemand . . . . . *pages* 223-224

75. Comment on arriva, en droit romain, à l'émancipation complète de la propriété privée. — 76. En droit français, comme en droit romain, la constitution des droits réels est l'œuvre exclusive des parties. — 77. Conséquences qui en découlent. — 78. Dégradation progressive des principes formalistes de la législation romaine. La toute-puissance du consentement. — 79. Notre législation n'exige

la publicité qu'à l'égard des tiers. — 80. Résumé... *pages* 224-238
81. Chez les Germains, la propriété individuelle se réduisait à une concession de pur fait accordée par la tribu aux particuliers. — 82. Conséquences qui en résultaient au point de vue de la constitution des droits réels immobiliers. — 83. La *Sala* et la *Vestitura*. — 84. Ce que sont devenues ces formalités au Moyen âge; — 85. — à l'époque actuelle. — 86. Du principe de la *publicité*. L'*Eintragung*. — 87. Du principe de la *légalité*. Le *Grundbuchrichter*. — 88. Le *Grundbuch*. — 89. En droit allemand, l'hypothèque est nécessairement spéciale. — 90. Observation générale sur le système allemand . . . . . *pages* 238-252
91. Examen de la question de savoir si, en législation, la publicité doit être exigée pour l'existence même des droits réels immobiliers. . . . . *pages* 252-258
92. Le système Torrens. . . . . *pages* 258-263
93. Législation hypothécaire de l'Angleterre. . . *pages* 263-266

DEUXIÈME PARTIE

DES CONDITIONS REQUISES DANS LA PERSONNE DU CONSTITUANT

94. L'hypothèque peut être consentie par le débiteur lui-même ou par un tiers. — 95. Le constituant doit être *propriétaire* et *capable d'aliéner*. . . . . *pages* 267-270

CHAPITRE PREMIER

CONSÉQUENCES DU PRINCIPE QUE LE CONSTITUANT DOIT ÊTRE PROPRIÉTAIRE

I. *De l'hypothèque de la chose d'autrui*. — 96. Elle est nulle. — 97. Mais il subsiste, à la charge du constituant, une obligation de garantie *sui generis*. — 98. En conséquence, celui-ci ne peut pas se prévaloir de la nullité de l'hypothèque. — 99. A plus forte raison en est-il de même s'il devient plus tard propriétaire de l'immeuble. — 100. Ses ayants cause ne sauraient non plus prétendre que l'hypothèque ne leur est pas opposable. — 101. De l'hypothèque consentie par un porte-fort. La ratification la fait rétroagir *inter partes*. — 102. L'effet rétroactif se produit également à l'égard des tiers. — 103. Peu importe que la ratification ait été ou non rendue

publique. — 104. La constitution d'hypothèque faite sous la condition *si res debitoris facta fuerit* est parfaitement valable . . . . . *pages* 270-308

II. *De l'hypothèque consentie par un propriétaire dont le droit est conditionnel ou rescindable.* — 105. Règle générale... *page* 308

1° *Le constituant est propriétaire sous condition suspensive.* — 106. Principe. — 107. Il s'applique à l'hypothèque consentie par celui qui doit rentrer éventuellement par l'effet d'une condition résolutoire dans la propriété d'un immeuble aliéné : — 108. Hypothèse du vendeur à réméré. — 109. *Quid* lorsque le rachat est exercé par le cessionnaire du vendeur ? — 110. De l'hypothèque consentie par le copropriétaire par indivis. — 111. Étendue de l'hypothèque. — 112. Inconvénients auxquels est exposé le créancier. — 113. En cas d'adjudication au profit d'un copartageant autre que le constituant, le droit de préférence du créancier ne passe pas sur le prix. — 114. *Quid* lorsque la licitation est tranchée au profit d'un étranger ? — 115. L'hypothèque subsiste, sans qu'il y ait lieu de faire une distinction entre le cas où les droits respectifs des copartageants étaient déjà liquidés lors de l'adjudication et celui où la licitation n'a été qu'un incident du partage. — 116. Un associé ne peut hypothéquer un immeuble dépendant de la société qu'autant que celle-ci ne constitue pas une personne morale. — 117. De l'hypothèque consentie par le mari ou la femme sur un immeuble commun. — 118. Dispositions spéciales à l'hypothèque maritime . . . *pages* 308-340

2° *Le constituant est propriétaire sous condition résolutoire.* — 119. Principe. — 120. Exceptions à ce principe. — 121. *Quid* lorsque la loi est muette sur les effets de la révolution ? Principe de Loyseau. — 122. De l'hypothèque consentie par l'héritier indigne; — 123. — par le grevé de substitution déchu de son droit pour n'avoir pas fait nommer le tuteur à la substitution ; — 124. — par l'usufruitier dont le droit vient à cesser pour cause d'abus de jouissance. — 125. Des effets de la résolution amiable . . . . . *pages* 341-362

126. De l'hypothèque constituée par l'héritier apparent ; — 127. — par le propriétaire apparent d'après une contre-lettre... *pages* 362-368

3° *Le droit de propriété du constituant est sujet à rescision.* — 128. Principe. — 129. Application de la théorie de Loyseau à l'hypothèque consentie par le demandeur en rescision. — 130. Exemples : Le constituant est un héritier majeur qui fait rescinder

son acceptation ; — 131. — un copartageant qui demande la rescision du partage ; — 132. — un contractant quelconque faisant rescinder la convention qui l'a rendu propriétaire. — 133. Ce ne sont là que des exceptions à la règle générale. — 134. *Quid* de la rescision pour cause de dol ? . . . . . *pages* 368-376

135. Le constituant n'a qu'une action pour se faire reconnaître propriétaire de l'immeuble . . . . . *pages* 376-377

136. Le créancier hypothécaire est-il légalement représenté par son débiteur dans les procès où se trouve engagé le droit de propriété de ce dernier ?. . . . . *pages* 377-382

III. *De l'hypothèque consentie par un représentant du propriétaire.* — 137. Règle générale. . . . . *page* 382

138. Le mandat conventionnel à l'effet d'hypothéquer doit être exprès. — 139. Application de cette règle à l'hypothèque consentie par l'administrateur ou le gérant d'une société commerciale ; — 140. — par le liquidateur d'une société dissoute. . . . *pages* 382-387

141. Des mandataires légaux. — 142. Explication de l'article 2126. — 143. De l'hypothèque des biens de mineur ou d'interdit. — 144. *Quid* lorsque le mineur a encore ses père et mère ? — 145. Comment peut-on hypothéquer les biens d'une personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés ? — 146. De l'hypothèque des biens d'absent. — 147. Pouvoirs du mari à l'effet d'hypothèquer, sous chaque régime matrimonial. — 148. *Quid* en cas d'absence de l'un des époux? . . . . . *pages* 387-403.

149. Conséquences de l'inobservation des formalités requises. — 150. Tuteur. — 151. Envoyé en possession provisoire. — 152. Mari. . . . . *pages* 403-407.

153. — Des hypothèques consenties par les représentants des personnes morales du droit administratif. Renvoi . . . . *page* 407.

CHAPITRE II

CONSÉQUENCES DU PRINCIPE QUE LE CONSTITUANT DOIT ÊTRE CAPABLE D'ALIÉNER

154. Ce principe implique la capacité de s'obliger. — 155. Mais elle ne suffit pas. — 156. Personnes qui peuvent s'obliger sans pouvoir aliéner : — 157. Mineur émancipé ; — 158. Femme séparée de biens ; — 159. Personne pourvue d'un conseil judiciaire. — 160. Personnes qui peuvent hypothéquer sans pouvoir aliéner : —

161. Mineur émancipé autorisé à faire le commerce ; — 162. Mari dans le cas des articles 1507 et 1508. — 163. Le successible donataire d'un immeuble en avancement d'hoirie ne peut conférer qu'une hypothèque résoluble, bien qu'il puisse aliéner définitivement. — 164. Dans l'article 686 du Code de procédure, la prohibition d'aliéner emporte, suivant la règle générale, la prohibition d'hypothéquer. . . . . *pages* 407-422.

165. Conditions de fond requises pour la validité de l'hypothèque consentie sur les biens d'un incapable. Renvoi. — 166. *Quid* si le mineur hypothèque seul un de ses immeubles? — 167. Conséquences de la règle que l'hypothèque viciée par l'incapacité du constituant est simplement annulable. — 168. Effets de la confirmation. — 169. Elle rétroagit à l'encontre des tiers, sans qu'il soit nécessaire de la rendre publique. . . . . *pages* 422-435.

170. De l'hypothèque consentie par l'interdit légal... *pages* 435-439.

171. Sort de l'hypothèque constituée par le failli : -- 172. — après le jugement déclaratif de faillite (V., sous ce numéro, une note sur le sort de l'hypothèque consentie par le commerçant admis au bénéfice de la liquidation judiciaire) ; — 173. — pendant la période suspecte. — 174. Devoir du tribunal dans le cas où l'hypothèque est nulle en vertu de l'article 446 du Code de commerce. — 175. Sens des mots « dettes antérieurement contractées ». — 176. *Quid* si l'hypothèque a été conférée à un créancier du failli par une caution réelle? — 177. Étendue d'application de la nullité de l'article 446. — 178. Comment doit être traitée l'hypothèque donnée pour garantir deux dettes dont l'une est antérieure et dont l'autre est concomitante ou postérieure à la constitution. — 179. Application de cette solution au cas d'une hypothèque garantissant une ouverture de crédit. — 180. *Quid* lorsque l'ouverture de crédit est accompagnée d'un compte-courant ? — 181. Faut-il assimiler, au point de vue de l'application de l'article 446 l'hypothèque promise à l'hypothèque constituée. — 182. De la nullité facultative de l'article 447..... *pages* 439-465.

183. Les nullités des articles 446 et 447 ne sont édictées qu'en faveur de la masse. — 184. Conséquences à l'égard du failli. *Quid* si celui-ci est concordataire ? — 185. Autres intéressés qui ne peuvent se prévaloir de ces nullités. — 186. Les créanciers hypothécaires postérieurs ne peuvent en aucun cas prendre rang aux lieu et place du bénéficiaire de l'hypothèque annulée. Système singulier du Tribunal de la Seine. — 187. Un créancier isolé de la masse ne saurait se prévaloir dans son intérêt propre des nullités des articles 446 et 447. — 188. Mais ces divers intéressés peuvent, le cas échéant, attaquer l'hypothèque au moyen de l'action paulienne. —

189. La révocation prononcée à la requête d'un créancier profite-t-elle à la masse tout entière ? — 190. L'hypothèque doit être postérieure au droit du créancier demandeur ; — 191. — qui peut être aussi bien un créancier hypothécaire qu'un créancier chirographaire. — 192. Conséquence des nullités qui précèdent au point de vue de la rédaction de l'inscription. — 193. Ces nullités peuvent-elles être prononcées sans qu'il y ait faillite déclarée ?.. *pages* 465-488.

194. De l'hypothèque consentie par un non-commerçant en déconfiture. — 195. Conditions requises pour l'exercice de l'action paulienne. — 196. Au point de vue de l'action paulienne, l'hypothèque ne doit être considérée comme un acte à titre gratuit qu'autant que la créance garantie constitue elle-même une libéralité. — 197. Critique du système de la jurisprudence. — 198. Circonstances nécessaires pour que le créancier hypothécaire soit considéré comme complice de la fraude du débiteur. — 199. *Quid* du débiteur qui a fait cessions de biens à ses créanciers ?.... *pages* 488-502

200. La faculté d'hypothéquer les immeubles dotaux peut être réservée par les futurs époux qui adoptent le régime dotal. — 201. Sous le même régime, la réserve du droit d'aliéner n'entraîne pas virtuellement celle du droit d'hypothéquer. — 202. La défense temporaire d'aliéner, insérée dans une donation ou dans un testament, emporte, si on la considère comme valable, l'interdiction d'hypothéquer pendant le même temps. — 203. *Quid* de la clause déclarant insaisissables les biens donnés ou légués ? — 204. De la prohibition d'hypothéquer contenue dans une donation ou dans un testament. — 205. De la prohibition d'aliéner ou d'hypothéquer insérée dans un contrat autre qu'une donation. Portée de la clause..... *pages* 502-514

206. Des conditions requises dans la personne du créancier qui reçoit hypothèque. Renvois . . . . . *page* 514

TROISIÈME PARTIE

DE LA FORME DE LA CONSTITUTION D'HYPOTHÈQUE

207. Règle de l'authenticité. — 208. Sa portée. — 209. Nécessité d'un acte *notarié*. — 210. Exceptions : hypothèque consentie dans certains actes administratifs. — 211. — hypothèque maritime. — 212. L'acte doit être valable comme acte notarié. — 213. Ce peut être un acte notarié *ordinaire*. — 214. Un acte simplement rédigé *en brevet* est suffisant . . . . . *pages* 515-526

215. Conséquences de la rédaction en brevet de l'acte constitutif au point de vue de la mobilisation des titres hypothécaires. — 216. Une obligation civile à ordre est transmissible *erga omnes* par la voie de l'endossement. — 217. Le seul fait de l'endossement opère en même temps le transport de l'hypothèque qui garantit l'obligation. — 218. Applications pratiques. Renvoi. — 219. Grave inconvénient de la rédaction en minute de l'acte d'obligation hypothécaire à ordre. — 220. Rédaction en brevet. Ses avantages. — 221. *Desiderata*. — 222. Des titres hypothécaires au porteur. Renvoi. — 223. De l'hypothèque directement constituée à ordre ou au porteur. — 224. Est-elle valable? — 225. L'hypothèque peut être cédée isolément. — 226. Conséquence à déduire de cette proposition . . . . . *pages* 526-554

227. L'enregistrement de l'acte constitutif n'est pas exigé pour la validité de l'hypothèque. — 228. L'acte constitutif sous seing privé est validé par le dépôt dûment constaté qu'en fait le constituant dans l'étude d'un notaire . . . . . *pages* 554-560

229. Hypothèse de la non-comparution en personne de l'une ou de chacune des parties à l'acte constitutif d'hypothèque . . *page* 560

230. Le constituant peut se faire représenter par un mandataire. — 231. Examen général de la question de savoir si le mandat à l'effet d'hypothéquer doit être authentique. — 232. Application de la règle de l'authenticité du mandat aux hypothèques consenties au nom de sociétés commerciales. Deux cas distincts sont à prévoir : — 233. L'hypothèque est consentie en vertu d'une décision prise, à l'occasion d'une affaire spéciale, par une assemblée d'associés ayant qualité à cet effet ; — 234. — en vertu d'un pouvoir conféré directement par les statuts sociaux. — 235. Critique de la solution admise, dans ce dernier cas, par la Cour de Cassation. — 236. Suite. — 237. La Cour de Cassation elle-même recule devant les conséquences logiques de son système. — 238. Au point de vue qui nous occupe, le pouvoir conféré par une délibération modificative des statuts primitifs doit être assimilé à celui qui aurait été conféré par ces statuts eux-mêmes. — 239. Conséquences inadmissibles auxquelles conduit l'application du système de l'authenticité du mandat d'hypothéquer aux hypothèques consenties au nom de sociétés. — 240. Du dépôt chez un notaire du procès-verbal de la délibération autorisant la constitution d'hypothèque. *Quid* lorsque ce dépôt est effectué par un mandataire de la société ? — 241. Un acte notarié n'est pas nécessaire pour la ratification ou la confirmation d'une hypothèque consentie par un porte-fort ou un incapable . *page* 560-600

242. Le créancier doit accepter l'hypothèque qui lui est consentie.

— 243 L'authenticité n'est pas exigée pour cette acceptation, qui peut n'être que tacite. — 244. Procuration et ratification. — 245. De l'intervention du notaire au nom du créancier absent. — 246. Application de ces principes aux hypothèques garantissant des obligations à ordre ou au porteur. — 247. Pratique des obligations au porteur pourvues d'un garantie hypothécaire . . . *pages* 600-617

248. De la forme en laquelle l'autorisation d'hypothéquer doit être données aux incapables . . . . . *pages* 617-618

249. Sanction de l'article 2127. — 250. La nullité résultant du défaut d'authenticité de l'acte constitutif est susceptible d'une confirmation rétroactive. — 251. Le constituant ne saurait s'en prévaloir . . . . . *pages* 618-625

252. De la promesse d'hypothèque. . . . . *pages* 625-627

253. Des contrats d'hypothèque passés en pays étrangers. — 254. Historique et critique de la disposition de l'article 2128. — 255. Loi belge et loi italienne. — 256. Palliatifs. — 257. Traités. — 258. Lois politiques. — 259. Droit qui appartient au créancier auquel une hypothèque a été consentie dans les conditions de l'article 2128. — 260. Cette disposition n'est pas applicable à l'hypothèque maritime . . . . . *pages* 627-638

QUATRIÈME PARTIE

DES ÉNONCIATIONS EXIGÉES POUR LA VALIDITÉ DE L'ACTE CONSTITUTIF

261. Règle de la spécialité quant aux biens et quant à la créance. . . . . *pages* 639-640

CHAPITRE PREMIER

DE LA SPÉCIALITÉ QUANT AUX BIENS

262. Idée générale. — 263. Nécessité d'indiquer dans l'acte constitutif la nature et la situation du bien hypothéqué. — 264. *Quid* lorque l'hypothèque porte sur un ensemble de biens ? — 265. Il appartient exclusivement aux juges du fond de décider si l'indica-

tion est suffisante. — 266. L'hypothèque peut porter sur tous les immeubles du constituant. — 267. Prohibition de l'hypothèque des biens à venir. — 268. Sanction de cette prohibition. — 269. Le créancier peut exiger du débiteur qu'il spécialise l'hypothèque ou qu'il rembourse la créance . . . . . *pages* 640-652

270. Disposition de l'article 2130. — 271. Critiques dont elle a été l'objet. — 272. Législations étrangères. — 273 Justification de cette disposition. — 274. La loi exige l'insuffisance des biens présents, — 275. — déclarée dans l'acte. — 276. *Quid* si la déclaration d'insuffisance est contraire à la vérité ? — 277. L'hypothèque portant sur les biens à venir doit être inscrite au fur et à mesure des acquisitions. — 278. Le débiteur a-t-il l'action en réduction de l'article 2161 ? — 279. Le débiteur qui n'a pas de biens présents peut hypothéquer ses biens à venir. — 280. Un débiteur possédant des biens présents et libres, mais insuffisants, ne pourrait pas n'hypothéquer que ses biens futurs. — 281. L'article 2130 est applicable à la caution réelle . . . . . *pages* 652-669

282. Disposition de l'article 2131. — 283. Sa justification. — 284. L'article 2131 vise un cas différent du cas prévu par l'article 1188. — 285. Hypothèse de l'article 1188. — 286. Hypothèse de l'article 2131. — 287. Le débiteur qui aliène en totalité ou en partie l'immeuble hypothéqué peut-il être considéré comme ayant diminué la sûreté du créancier ? — 288. Dans l'alternative posée par l'article 2131, l'option appartient au débiteur. — 289. L'hypothèque consentie dans les termes de cet article ne prend pas la place de l'ancienne. — 290. Elle doit nécessairement porter sur des biens présents. — 291. L'article 2131 ne s'applique pas au cas d'une hypothèque consentie sur les biens futurs du débiteur, à moins que celle-ci n'ait été restreinte à certains immeubles déterminés . . . . *pages* 669-688

292. *Quid* lorsque le débiteur a droit à une indemnité à raison de la perte ou de la détérioration de son immeuble survenue dans les conditions de l'article 2131 ? — 293. La loi du 19 février 1889. Ses précédents. — 294. La nouvelle loi laisse intacte la faculté d'option que l'article 2131 confère au débiteur. — 295. On ne saurait en dire autant de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. — 296. *Quid* des indemnités allouées par l'État, pour la destruction, à l'occasion d'une guerre, d'un siège ou d'un événement analogue, d'immeubles appartenant à des particuliers ? . . . . . *pages* 688-710

297. Extension de l'hypothèque aux améliorations survenues à l'immeuble . . . . . *pages* 710-713

CHAPITRE II

DE LA SPÉCIALITÉ QUANT A LA CRÉANCE

298. Idée générale. — 299. Disposition de l'article 2132. — 300. Sa rédaction défectueuse. — 301. *Quid* si l'évaluation faite par le créancier est exagérée ou insuffisante? — 302. Critique générale de l'article 2132. . . . . *pages* 714-720

303. Deux appendices sont nécessaires. . . . . *pages* 721-722

APPENDICE I

DES CRÉANCES POUR SURETÉ DESQUELLES L'HYPOTHÈQUE PEUT ÊTRE CONSENTIE

304. L'hypothèque, droit accessoire, suit le sort de l'obligation principale. — 305. Elle peut se rattacher à toute obligation valable; — 306. — même à une obligation naturelle. — 307. L'obligation peut être déterminée ou indéterminée, conditionnelle, pure et simple ou à terme. — 308. Ce peut être aussi une obligation future. — 309. Peu importe, s'il s'agit d'un prêt à effectuer, que le futur prêteur soit ou non obligé. — 310. De l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit. — 311. A quelle date cette hypothèque prend-elle rang? Examen général de la question. — 312. Du contrat conditionnel de prêt. — 313. La délivrance des fonds peut être établie vis-à-vis des tiers par tous les moyens légaux. — 316. *Quid* si l'ouverture de crédit est accompagnée d'un compte-courant? *pages* 722-758

APPENDICE II

DES MODALITÉS DONT EST SUSCEPTIBLE LA CONSTITUTION D'HYPOTHÈQUE.

317. La constitution peut être faite à terme ou sous condition. — 318. *Quid* de la clause de *voie parée* et de la clause autorisant le créancier à s'approprier, à défaut de paiement, l'immeuble hypothéqué ? . . . . . *pages* 758-760

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — L'existence du prêt à intérêt dans leur législation n'a pas empêché les Romains de connaître et même de pratiquer le contrat de rente perpétuelle.

II. — Les Romains ont certainement connu et pratiqué le contrat de rente viagère à titre gratuit. Il est probable qu'ils ont aussi connu le contrat de rente viagère à titre onéreux.

III. — Le pacte adjoint *in continenti* à une stipulation est muni de l'action du contrat.

IV. — Dans l'hypothèse d'une vente dont le prix consiste en une série de prestations annuelles *quoad venditor vivet*, la créance du vendeur est une, mais cette unité n'a pas le même caractère que s'il s'agissait d'une stipulation *in annos singulos*.

DROIT FRANÇAIS

I. — L'acquisition ultérieure de la propriété par le constituant a pour effet de valider, non seulement entre les parties, mais encore à l'encontre des tiers, l'hypothèque consentie *a non domino*.

II. — Au point de vue de l'application de l'article 446 du Code de commerce, l'hypothèque promise doit être assimilée à l'hypothèque constituée, en ce sens qu'une promesse d'hypothèque accompagnant la naissance de la dette empêche l'hypothèque postérieurement consentie en temps suspect d'être nulle de droit.

III. — Le pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux, donné à l'administrateur ou au gérant d'une société par les statuts, plus généralement par un acte statutaire quelconque, est valablement constaté dans le procès-verbal, dressé en la forme privée, de la délibération prise en ce sens par l'assemblée des associés.

IV. — Une hypothèque peut être valablement attachée à une obligation constatée par un titre au porteur. En ce cas, l'hypothèque est transmise, avec l'obligation, par la simple remise du titre.

V. — La loi du 19 février 1889, qui attribue au créancier hypothécaire, sans qu'il soit besoin de

délégation expresse, l'indemnité due au propriétaire par suite d'assurance, etc., ne fait pas obstacle à ce que celui-ci invoque le bénéfice de l'article 2131 du Code civil.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — L'hypothèque constituée au profit du prêteur, lors d'une promesse de prêt, prend rang du jour de sa constitution, et non pas seulement du jour de la réalisation du prêt.

II. — Les sociétés n'ont pas, en principe, la personnalité morale.

III. — Le créancier préférable en rang peut exercer le *jus offerendi* contre un créancier postérieur.

IV. — Le bénéfice de cession d'actions appartient aux *correi promittendi non socii*.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. — La caution réelle peut se prévaloir du bénéfice de l'article 2037 du Code civil.

II. — La disposition de l'article 1912 du Code civil n'est qu'une application particulière du principe posé par l'article 1184 du même Code.

III. — En cas d'aliénation, au cours de la communauté, d'un propre perpétuel moyennant une rente viagère, la communauté doit récompense à l'époux aliénateur.

IV. — Est seul tenu *ultra vires* des dettes de la succession le légataire universel qui ne se trouve pas en concours avec un héritier à réserve.

PROCÉDURE CIVILE

I. — Celui qui, étant débiteur d'une personne, s'en prétend en même temps créancier, peut saisir-arrêter entre ses propres mains les sommes qu'il doit à celle-ci.

II. — Il n'est pas impossible que le ministère public, lorsqu'il est partie principale, fasse défaut faute de comparaître.

DROIT CRIMINEL

I. — La déclaration de faillite n'est pas préjudicielle à la poursuite du crime ou du délit de banqueroute.

II. — Bien que, d'après la loi du 30 mai 1854, la condamnation aux travaux forcés pour huit années ou plus oblige le condamné à résider, à l'expiration de sa peine, dans la colonie pendant toute sa

vie, la relégation doit néanmoins être prononcée, conformément à la loi du 27 mai 1885, contre le relégable condamné aux travaux forcés pour huit années et au-dessus.

III. — Les diverses condamnations encourues par le prévenu ou l'accusé, à raison desquelles il a été fait application de l'article 365-2° du Code d'instruction criminelle, ne doivent pas être individuellement comptées, dans le calcul des peines qui entraînent la relégation.

Vu par le Président de la thèse,
C. BUFNOIR.

Vu par le Doyen de la Faculté,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS

TABLE GÉNÉRALE

DROIT ROMAIN

ESSAI SUR L'ORIGINE DES RENTES

DES

CRÉANCES DE PRESTATIONS PÉRIODIQUES

A PERPÉTUITÉ ET A VIE

Introduction. 7

PREMIÈRE PARTIE. — *Examen général de la question. — Discussion des arguments d'ordre économique et moral invoqués contre l'origine romaine.* 15

Chapitre Ier. — Rente perpétuelle 15

Chapitre II. — Rente viagère. 19

DEUXIÈME PARTIE. — *Examen juridique de la question. — Explication des textes* 29

Chapitre 1er. — Rente perpétuelle 29

Section 1re. — Création par contrat d'une créance de prestations périodiques à perpétuité 30

Section 2e. — Pratique du contrat de rente perpétuelle. . 62

Section 3e. — Legs de rente perpétuelle 62

Appendice. — Des sources romaines du bail à rente foncière . 70

Chapitre II. — Rente viagère. 81

Section 1re. — Création par contrat d'une créance de prestations périodiques à vie 82

Section 2e. — Pratique du contrat de rente viagère . . . 97

Section 3e. — Legs de rente viagère 103

Appendice. — Du caractère de la rente viagère en droit français 110

Table analytique 119

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE

SUR LA CONSTITUTION

DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

AVANT-PROPOS 123
PREMIÈRE PARTIE. — *Introduction historique et critique. — Législation comparée* 129
§ I. — Question d'origine 130
§ II. — Droit grec. 134
§ III. — Droit romain. 138
§ IV. — Ancien droit français 149
§ V. — Droit intermédiaire 168
De l'hypothèque préconstituée. — Examen général de la question 171
§ VI. — Code civil. 190
§ VII. — Du principe de l'authenticité. 192
§ VIII. — Du principe de la spécialité 210
§ IX. — Législations étrangères qui admettent, pour la constitution de l'hypothèque conventionnelle, des principes différents des nôtres 223
DEUXIÈME PARTIE. — *Des conditions requises dans la personne du constituant* 267
Chapitre Ier. — Conséquences du principe que le constituant doit être propriétaire 270
§ I. — De l'hypothèque de la chose d'autrui 270
§ II. — De l'hypothèque consentie par un propriétaire dont le droit est conditionnel ou rescindable . 308
§ III. — De l'hypothèque consentie par un représentant du propriétaire 382
Chapitre II. — Conséquences du principe que le constituant doit être capable d'aliéner. 407
TROISIÈME PARTIE. — *De la forme de la constitution d'hypothèque* 515

QUATRIÈME PARTIE. — *Des énonciations exigées pour la validité de l'acte constitutif*. 639
Chapitre Ier. — De la spécialité quant aux biens 640
Chapitre II. — De la spécialité quant à la créance 714
Appendice I. — Des créances pour sûreté desquelles l'hypothèque peut être consentie 722
Appendice II. — Des modalités dont est susceptible la constitution d'hypothèque 758
Table analytique 761
Positions. 778

ERRATA

Page	12,	ligne 3,	*au lieu de*	la législation,	*lisez*	le législateur.
—	30,	— 7,	—	une,	—	un.
—	31,	— 7,	—	entre,	—	contre.
—	33,	— 17,	—	cet,	—	cette.
—	35,	— 22,	—	obtenant,	—	n'obtenant.
—	43,	— 9,	—	per-,	—	pro-.
—	51,	— 12,	—	tout,	—	toute.
—	55,	— 8,	—	suffirait,	—	suffisait.
—	66,	— 3,	—	plus,	—	non plus.
—	72,	— 2,	—	un,	—	son.
—	75,	— 3,	—	poussaient,	—	poussait.
—	75, lignes 25 et 26, *rétablir ainsi le texte:* propriété : la qualification de propriétaire, *fundorum dominus*, est formellement donnée à l'ac-.					
—	87, lignes 15 et 16,		*au lieu de*	ne pas,	*lisez*	ne veut pas.
—	95,	ligne 10,	—	le,	—	la.
—	104,	— 28,	—	XLVI,	—	XLIV.
—	107,	— 10,	—	viagères,	—	viagère.
—	113,	— 10,	—	fidèle,	—	fidèles.
—	124,	— 7,	—	et,	—	ou.
—	139,	— 1,	—	des,	—	les.
—	150,	— 20,	—	Quoiqu'il,	—	Quoi qu'il.
—	209,	— 11,	—	suivant,	—	suivent.
—	226,	— 4,	—	oppo-,	—	appo-.
—	—	— 28,	—	parlons,	—	parlons pas.
—	229,	— 22,	—	seul,	—	seuls.
—	230,	— 10,	—	*quem*,	—	*quam*.
—	271,	— 27, *après* elle, *ajoutez* peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle.				
—	279,	— 16,	*au lieu de*	recevable,	*lisez*	non recevable.
—	280,	— 4 note	—	32,	—	33.
—	306,	— 12,	—	saisir,	—	savoir.
—	307,	— 14,	—	hypothêse,	—	hypothèque.
—	309,	— 10,	—	suspendue,	—	suspendu.
—	317,	— 2,	—	s'acrifier,	—	sacrifier.
—	320,	— 1,	—	inconvénient,	—	inconvénients.
—	322,	— 12,	—	ainsi,	—	ainsi dire.
—	325,	— 11,	—	peu,	—	peut.
—	364,	— 9,	—	pu,	—	au.
—	365,	— 26,	—	IV,	—	VI.
—	410,	— 23,	—	hypothèques,	—	hypothéquer.
—	431,	— 22,	—	l'un et l'autre,	—	l'un l'autre.
—	440,	— 1,	—	voulue,	—	voulu.
—	458,	— 6,	—	destiné,	—	destinée.
—	477,	— 25,	—	fut,	—	fût.
—	510,	— 12,	—	hypothèse,	—	hypothèque.
—	527,	— 7,	—	donc dire,	—	dire.
—	545,	— 2,	—	18,	—	10.
—	545,	— 1 note	—	Valbroger,	—	Valroger.
—	580,	— 10,	—	égard,	—	égards.
—	608,	— 6,	—	accumuler,	—	cumuler.
—	613,	— 1,	—	connue,	—	connu.
—	620,	— 23,	—	renfermé,	—	renfermée.

Page 637, lignes 7 et 8, rétablir ainsi le texte: res, doit être assimilé, dans l'état de notre législation, au porteur d'un acte sous seing privé.

— 729, ligne 6, *au lieu de* tomber, *lisez* tombe.
— 733, — 26, — pur, — pure.
— 735, — 1 note, — 1824, — 1823.
— 747, — 2 note 3, — 418, — 718.
— 749, lignes 7-8, *au lieu de* laquelles les avance sont, *lisez* laquelle ces avances ont.
— 749, ligne 26, *au lieu de* ont, *lisez* on.
— 754, — 1 note — 188, — 488.
— — — 3 — — 13, — 14,
— 762, — 2, — ensaisissement, — ensaisinement.
— 765, — 27, — révolution, — résolution.
— 768, — 6, — rédaction, — radiation.
— 772, *ajoutez* avant 316 : — 314. Etendue de l'hypothèque garantissant un crédit ouvert. — 315. *Quid* lorsque la créance du créditeur est représentée par des effets de commerce remis par le crédité?
— 779, chap. Ier, section 2e, *au lieu de* 62, *lisez* 45.
— 781, dernière ligne, — 778, — 773.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS

NANCY, IMPRIMERIE A. NICOLLE

DROIT ROMAIN ESSAI SUR L'ORIGINE DES RENTES DES CREANCES DE PRESTATIONS PERIODIQUES A PERPETUITE ET A VIE
Introduction
PREMIERE PARTIE. - *Examen général de la question. - Discussion des arguments d'ordre économique et moral invoqués contre l'origine romaine*
Chapitre I^er. - Rente perpétuelle
Chapitre II. - Rente viagère
DEUXIEME PARTIE. - *Examen juridique de la question. - Explication des textes*
Chapitre 1^er. - Rente perpétuelle
Section 1^re. - Création par contrat d'une créance de prestations périodiques à perpétuité
Section 2^e. - Pratique du contrat de rente perpétuelle
Section 3^e. - Legs de rente perpétuelle
Appendice. - Des sources romaines du bail à rente foncière.
Chapitre II. - Rente viagère
Section 1^re. - Création par contrat d'une créance de prestations périodiques à vie
Section 2^e. - Pratique du contrat de rente viagère
Section 3^e. - Legs de rente viagère
Appendice. - Du caractère de la rente viagère en droit français
Table analytique
DROIT FRANCAIS ETUDE SUR LA CONSTITUTION DE L'HYPOTHEQUE CONVENTIONNELLE
AVANT-PROPOS
PREMIERE PARTIE. - *Introduction historique et critique. - Législation comparée*
§ I. - Question d'origine
§ II. - Droit grec
§ III. - Droit romain
§ IV. - Ancien droit français
§ V. - Droit intermédiaire
De l'hypothèque préconstituée. - Examen général de la question
§ VI. - Code civil
§ VII. - Du principe de l'authenticité
§ VIII. - Du principe de la spécialité
§ IX. - Législations étrangères qui admettent, pour la constitution de l'hypothèque conventionnelle, des principes différents des nôtres
DEUXIEME PARTIE. - *Des conditions requises dans la personne du constituant*
Chapitre I^er. - Conséquences du principe que le constituant doit être propriétaire
§ I. - De l'hypothèque de la chose d'autrui
§ II. - De l'hypothèque consentie par un propriétaire dont le droit est conditionnel ou rescindable
§ III. - De l'hypothèque consentie par un réprésentant du propriétaire
Chapitre II. - Conséquences du principe que le constituant doit être capable d'aliéner
TROISIEME PARTIE. - *De la forme de la constitution d'hypothèque*
QUATRIEME PARTIE. - *Des énonciations exigées pour la validité de l'acte constitutif*
Chapitre 1^er. - De la spécialité quant aux biens
Chapitre II. - De la spécialité quant à la créance
Appendice I. - Des créances pour sûreté desquelles l'hypothèque peut être consentie
Appendice II. - Des modalités dont est susceptible la constitution d'hypothèque
Table analytique
Positions