

Lariche, Louis-Étienne-Alexandre. Faculté de droit de Paris. Thèse pour le doctorat. Droit romain : du Droit de préférence entre créanciers gagistes et hypothécaires. Droit français : de l'Hypothèque judiciaire... Par M. Louis-Étienne-Alexandre Lariche,..... 1861.

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.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

6020

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

SOUTENUE

par

Louis-Étienne-Alexandre LARICHE,

AVOCAT.



PARIS,

CHARLES DE MOURGUES FRÈRES, SUCCESSEURS DE VINCHON,

Imprimeurs-Éditeurs de la Faculté de Droit de Paris,

RUE JEAN-JACQUES-ROUSSEAU, 8.

1861.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

THÈSE



POUR LE DOCTORAT.

DROIT ROMAIN :

**DU DROIT DE PRÉFÉRENCE ENTRE CRÉANCIERS
GAGISTES ET HYPOTHÉCAIRES.**

DROIT FRANÇAIS :

DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE.

**L'acte public sera soutenu, le samedi 24 août 1861,
à neuf heures et demie ,**

**Par M. LOUIS-ETIENNE-ALEXANDRE LARICHE ,
né à Aunay (Nièvre),**

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS.

Président : M. PELLAT, Professeur.

SUFFRAGANTS :	{	MM. ROYER-COLLARD,	}	Professeurs.
		DURANTON,		
		COLMET DE SANTERRE,	}	Suppléants.
		DEMANGEAT,		

***Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.***

PARIS,

**CHARLES DE MOURGUES FRÈRES, SUCCESEURS DE VINCHON,
IMPRIMEURS-ÉDITEURS DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
Rue J.-J. Rousseau, 8.**

1861.

38223

A MON FRÈRE.



DROIT ROMAIN.

DU DROIT DE PRÉFÉRENCE ENTRE CRÉANCIERS GAGISTES ET HYPOTHÉCAIRES.

(Dig., liv. 20, lit. 4.)

PREMIÈRE PARTIE.

INTRODUCTION HISTORIQUE.

Lorsqu'un même objet est affecté au paiement de plusieurs créanciers gagistes ou hypothécaires, quel est celui de ces créanciers qui doit être payé par préférence? Telle est la question que nous nous proposons d'examiner.

I. Dans le principe, les Romains ne connurent d'autre moyen pour un débiteur de fournir une sûreté à son créancier que de lui transférer la propriété d'une chose. Toutefois, comme le débiteur ne voulait pas perdre définitivement la propriété de sa chose, les parties faisaient intervenir, au moment de l'aliénation, le contrat de fiducie,

par lequel le créancier s'engageait, pour le cas où il serait payé, à retransférer la propriété au débiteur. Si le débiteur ne payait pas, le créancier pouvait retenir la chose, ou, s'il le préférait, la vendre et se payer sur le prix. Dans ce système, il ne peut pas y avoir, entre plusieurs créanciers, concours sur la même chose ; car pour que le débiteur puisse la donner en sûreté à un autre créancier, il faut d'abord qu'il en ait recouvré la propriété.

Il y avait dans ce procédé cet inconvénient, que le recouvrement de la propriété par le débiteur dépendait de la bonne volonté du créancier ; car le débiteur n'avait, par suite du contrat de fiducie, qu'une action personnelle pour forcer le créancier à lui retransférer la propriété ; aussi, si le créancier avait eu la déloyauté d'aliéner la chose, le débiteur, bien qu'il fût prêt à acquitter la dette, ne pouvait revendiquer sa chose contre le tiers acquéreur.

II. C'est sans doute en raison de cet inconvénient que le droit civil reconnut bientôt un autre moyen, pour les débiteurs, de fournir des sûretés à leurs créanciers : le *contrat de gage*, par lequel le débiteur, au lieu de transférer la propriété au créancier, ne lui transféra plus que la possession ; et la chose mise en la possession du créancier s'appela *res pignerata* ou simplement *pignus*. Ainsi, le débiteur restait propriétaire de la chose, et si le créancier l'aliénait, il pouvait la revendiquer contre les tiers acquéreurs.

On voit que, dans ce système, la situation du créancier n'est plus la même que dans le système de la fiducie ; au lieu de la propriété et de la revendication, il n'a plus

quo la possession, non pas la possession *ad usucapionem*, laquelle reste au débiteur, mais la possession *ad interdicta*. Ici la garantie du créancier consiste en ce qu'il a le droit de rétention jusqu'à l'échéance; et qu'alors, faute de paiement, il peut vendre le gage pour se payer sur le prix. Ce droit de vendre, il est vrai, n'existait dans le principe qu'en cas de convention expresse (Gaius, II, 64, loi 73, D.; *De furtis*, D., 47-2), mais il fut admis plus tard comme sous-entendu dans toute convention de gage (loi 4, *De pign. act.*), et même le droit de vendre fut reconnu au créancier nonobstant toute convention contraire (Paul, *Sent.* II, tit. 13, 5). Mais ce droit est facultatif pour le créancier qui peut, s'il le préfère, s'en tenir à la rétention, qui est de l'essence même du droit de gage (loi 6, *De pignorat.*). Outre le droit de vendre, le créancier pouvait, à l'époque des jurisconsultes classiques, devenir propriétaire du gage par une convention spéciale : *lex commissaria* (Paul, I, *Sent.*, 13). Mais une constitution de Constantin défendit cette clause comme dangereuse pour les débiteurs. Le principe de cette constitution a été reproduit par notre Code civil.

Dans ce système, comme dans le précédent, il ne peut pas y avoir concours entre plusieurs gagistes; car une fois que le débiteur a remis une chose en gage à son créancier, celui-ci en est possesseur, et tant qu'il n'en aura pas perdu la possession et les interdicts qui la garantissent, la chose ne pourra pas être donnée en gage à un autre créancier.

Le *pignus* présentait cet inconvénient qu'il privait le débiteur de l'usage de sa chose. Il est vrai qu'au moyen du *precarium* le créancier gagiste pouvait rendre la

chose au débiteur pour qu'il pût s'en servir; mais c'était là un remède peu efficace, car il laissait le débiteur exposé au caprice du créancier, qui pouvait reprendre la chose *ad nutum*. Et même ce remède pouvait être dangereux, car la possession du créancier n'existant plus, aucun signe extérieur n'avertissait les tiers de l'existence du gage.

III. Conserver au débiteur tout à la fois la propriété et la possession des choses engagées; d'un autre côté, donner au créancier un droit réel sur les choses de manière à garantir la créance non-seulement vis-à-vis du débiteur lui-même, mais encore à l'encontre des acquéreurs ou des autres créanciers, tel est le double avantage que l'hypothèque vint réaliser.

A une époque inconnue, probablement avant la fin de la république, le prêteur Servius décida que le preneur d'un fonds rural pourrait, par simple convention, affecter à la sûreté du paiement des fermages les objets qu'il introduirait sur le fonds, et que le bailleur aurait une action réelle pour revendiquer, à l'échéance, les choses engagées. Cette action réelle s'appela, du nom de celui qui l'avait créée, *actio Serviana*.

Les prêteurs postérieurs généralisèrent l'idée de Servius, et décidèrent que tout débiteur pourrait, par une simple convention, affecter une chose au paiement de son créancier; et ils donnèrent, dans ce cas, au créancier une action réelle appelée *quasi Servienne* ou *hypothécaire*.

L'introduction de l'hypothèque eut pour conséquence d'améliorer la situation du créancier gagiste. En effet, nous avons vu que le créancier gagiste avait la possession

et les interdits pour la garantir. Ce qui lui manquait, c'était une action réelle contre les tiers; mais une fois qu'on eut accordé cette action au créancier hypothécaire qui n'était pas en possession, il n'eût pas été logique de la refuser au créancier gagiste, qui, lui, était en possession. L'action hypothécaire fut donc accordée au créancier gagiste, et dès lors les termes *gage* et *hypothèque* devinrent pour ainsi dire synonymes. Sans doute il y avait bien cette différence que le gage ne pouvait exister sans qu'il y eût remise de la chose au créancier, tandis que le droit réel d'hypothèque prenait naissance indépendamment de toute tradition; mais quant au droit acquis sur la chose, soit par le créancier gagiste, soit par le créancier hypothécaire, il était absolument de même nature. Aussi le jurisconsulte Marcien dit-il : *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt* (loi 5, § 1, *De sign. et hyp.*). Voilà pourquoi on trouve dans les textes du droit romain les termes *pignus* et *hypotheca* pris indifféremment l'un pour l'autre.

Du moment que le droit prétorien eut admis qu'une simple convention suffirait, indépendamment de toute tradition, pour affecter une chose au paiement d'une dette, on comprend qu'un débiteur, après avoir consenti une première hypothèque, put, par des conventions postérieures, constituer d'autres hypothèques sur la même chose, et même remettre cette chose, à titre de gage, à un autre créancier. Dès lors, le concours entre plusieurs créanciers sur le même objet devint possible.

Dans ce cas, il est fort important de déterminer quel sera celui des créanciers hypothécaires qui passera le premier; car, en droit romain, la priorité donnait au pre-

mier créancier des avantages tels que le droit des créanciers postérieurs se trouvait en quelque sorte paralysé, tant que le premier créancier n'était pas désintéressé.

Avant de rechercher quel était l'ordre à établir entre les créanciers hypothécaires, nous allons indiquer quels étaient les avantages attachés à la priorité.

CHAPITRE I^{er}.

SECTION I.

Avantages de la priorité.

Droit de suite et droit de rétention, droit de vendre et droit de préférence sur le prix, tels sont les quatre avantages que donne la priorité.

I. *Droit de suite.* — L'hypothèque n'a pas pour résultat de donner au créancier un droit de disposition immédiate sur la chose : elle constitue pour lui une garantie qui sommeille jusqu'au moment où sa créance sera exigible. Jusque-là, le débiteur reste en possession de la chose, et comme il n'a pas cessé d'être propriétaire, il peut encore l'aliéner ou la grever de nouvelles hypothèques. Mais, si à l'échéance il n'acquitte pas son obligation, le créancier peut, au moyen de son action hypothécaire, suivre la chose, c'est-à-dire la réclamer à quiconque la détient. Toutefois, il ne peut prendre possession de la chose qu'après s'y être fait autoriser par le magistrat. « Chez les Romains, dit Loyseau (1), le créancier usait

(1) De l'Action hypothécaire, liv. III, chap. VIII, n° 2.

de l'action *quasi Serviana* ou *utilis Serviana*, et, n'ayant que cette action, il en usait indifféremment, soit contre l'obligé, soit contre les acquéreurs de la chose hypothéquée. Contre l'obligé, il pouvait intenter ou l'action personnelle sans l'hypothécaire, ou l'hypothécaire sans la personnelle, ou mettre les deux ensemble; mais, quoi que ce fût, on ne pouvait poursuivre les hypothèques que par action, car les contrats n'avaient point exécution parée; et, si encore l'action hypothécaire ne tendait pas à saisir l'héritage et à le mettre ès-mains de justice, comme en France, mais à ce que le créancier en fût nanti et en obtint la possession pour le retenir jusqu'à plein paiement de la dette, on ne pouvait occuper cette possession sans autorité de justice : *Exstat enim decretum D. Marci in hæc verba : Vis est tunc quotiens quis id quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam, sine ullo iudice temere possidere, vel accepisse, isque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit* (1). Et, quand même le contrat eût porté que le créancier pouvait se saisir du gage par autorité privée, si est-ce qu'il fallait toujours permission du magistrat (2). »

Ainsi, l'action hypothécaire ne peut pas être intentée avant l'échéance de la dette; mais si, à cette époque, le débiteur ne paye pas, le créancier préférable peut l'exercer contre tout possesseur de la chose hypothéquée, non-seulement contre le débiteur et ses héritiers, mais encore

(1) L. 13, D., Quod melius causa.

(2) L. 3, C., De pign. et hyp.

contre les tiers acquéreurs et même contre les créanciers postérieurs qui se trouveraient en possession de la chose, ou contre le tiers qui l'aurait achetée d'un créancier postérieur.

Lorsque le créancier préférable intentera l'action hypothécaire contre un autre créancier hypothécaire qui est en possession, celui-ci pourra bien lui opposer l'exception *si non convenit ut sit sibi res obligata*; mais le créancier préférable paralysera cette exception par la réplique, *si non mihi sit ante res obligata* (L. 12, pr. D., *qui pot.*).

Lorsque le premier créancier intentera l'action contre un tiers détenteur qui a acheté d'un autre créancier hypothécaire, il triomphera en prouvant qu'il est préférable au créancier de qui ce tiers détenteur tient la chose.

II. *Droit de rétention.* — Une fois que le créancier préférable s'est fait mettre en possession après l'échéance, il a le droit de retenir la chose jusqu'à parfait paiement : il a, comme dans le *pignus* proprement dit, les interdicts pour faire respecter sa possession. Si un autre créancier intente contre lui l'action hypothécaire, il le repoussera par l'exception *si non mihi ante pignori hypothecæve nomine sit obligata*. Enfin, tant qu'il n'est pas payé, il a le droit de retenir la chose indéfiniment, lors même que sa valeur excéderait le chiffre de sa créance, ou que l'intérêt du débiteur ou des autres créanciers hypothécaires exigerait que la chose fût vendue (L. 6, *De pignorat. act.*, D., 13, 7).

III. *Droit de vendre.* — Le droit de vendre résulte, pour le créancier préférable, de la convention d'hypothèque. Mais vendre la chose n'est pour le créancier

qu'une faculté; nous venons de voir, en effet, qu'il peut retenir la chose indéfiniment, tant qu'il n'est pas payé. Il peut donc choisir pour la vente le moment qui lui convient. Toutefois, est-ce à dire que le débiteur qui n'est pas à même de payer sera complètement à sa merci et se trouvera dépouillé du droit de vendre lui-même, si une occasion favorable se présente? Pomponius admet que le débiteur, après avoir donné caution suffisante au créancier, peut le forcer à lui représenter la chose pour pouvoir la vendre, sauf au débiteur, après l'avoir vendue, à désintéresser le créancier avec le prix (L. 6, *De pign. act.*, D., 13, 7).

Quant aux créanciers postérieurs, ils peuvent bien vendre la chose et payer le créancier préférable avec le prix; mais aucun texte ne leur accorde le droit d'exiger du premier créancier la représentation de la chose après lui avoir préalablement donné caution.

IV. Le créancier préférable est payé le premier sur le prix de la chose hypothéquée; il est payé par préférence aux autres créanciers hypothécaires, non pas seulement du capital de sa créance, mais encore des intérêts, même de ceux qui sont échus depuis que la chose a été hypothéquée à d'autres créanciers (L. 18, *Qui pot.*, D.).

Lorsque le créancier préférable est complètement désintéressé, s'il reste quelque chose du prix de vente, il doit remettre cet excédant, soit au débiteur, soit au créancier suivant (L. 24, § 2, D., *De pign. act.*; L. 20, l. 12, § 5, D., *Qui pot.*).

SECTION II.

Droits des créanciers postérieurs.

D'après ce qui vient d'être dit, on comprend que les droits des créanciers postérieurs devront être fort restreints. Sans doute, un créancier postérieur peut bien intenter avec succès l'action hypothécaire contre tout détenteur autre que le premier créancier; mais, le plus souvent, l'exercice de cette action ne sera pour lui d'aucune utilité, puisqu'il se trouvera immédiatement exposé à se voir enlever le gage par le créancier préférable (L. 12, § 7, D., *h. t.*).

Un créancier postérieur peut bien aussi vendre la chose hypothéquée; mais s'il n'emploie pas le prix de vente à désintéresser le premier créancier, celui-ci réclamera le gage à l'acquéreur, et le créancier qui a vendu sera exposé à un recours. Aussi, la loi 8, C., *Qui pot.*, dit-elle qu'il n'a pas le droit de vendre. L'acheteur n'a aucun moyen pour échapper au danger de l'éviction, car il n'y a pas comme chez nous une institution qui, à l'exemple de la purge, mette l'acquéreur à l'abri de l'action hypothécaire des créanciers non désintéressés.

Cependant, le créancier postérieur a un droit assez important : il peut exercer le *jus offerendæ pecuniæ*, c'est-à-dire payer le premier créancier et se substituer à lui, ce qui lui permettra d'attendre un moment favorable pour la vente de la chose.

Il a aussi le droit de se faire payer sur le prix de la chose vendue par le premier créancier, mais seulement

lorsque ce premier créancier sera complètement désintéressé (L. 12, § 5, l. 20, *h. t.*).

On peut adresser au système hypothécaire des Romains de justes critiques; et il faut reconnaître à notre législation, en cette matière, une incontestable supériorité.

La loi française a établi une juste répartition des effets de l'hypothèque entre les créanciers qui ont tous le droit de provoquer la vente de la chose hypothéquée, sauf le droit de préférence accordé au premier sur le prix. Elle donne à l'acquéreur le moyen de se mettre à l'abri de l'éviction en recourant à la purge. Enfin, elle a introduit les deux principes de la publicité et de la spécialité, si importants dans un système hypothécaire bien organisé.

La loi romaine, au contraire, par une faveur exagérée, a accordé tous les droits au premier créancier : à lui seul, il a toute l'efficacité de l'hypothèque; les autres créanciers n'ont que la ressource du *jus offerendæ pecunie*.

En l'absence de toute publicité, le créancier qui se croit le premier est loin d'être en pleine sécurité : il a toujours à craindre l'apparition d'un créancier plus ancien que lui. Est-il sûr d'avoir le premier rang ? Il n'y a guère que le débiteur qui le sache.

La position de l'acquéreur des biens hypothéqués n'est pas meilleure : lui aussi a toujours à craindre l'apparition d'un créancier préférable à celui dont il tient la chose; il n'a aucun moyen de consolider sa situation.

Enfin, tous ces inconvénients sont nuisibles au débiteur; ils lui enlèvent tout crédit. Dans l'impossibilité de connaître le nombre des hypothèques établies, on lui

prêtera difficilement, dans la crainte de se voir primé par une hypothèque antérieure.

SECTION III.

Règles d'après lesquelles se détermine la préférence.

Lorsqu'une hypothèque a été établie sur une chose au profit d'un créancier, ce créancier a acquis sur la chose un droit réel, qui l'amointrit, la démembre jusqu'à un certain point, en sorte que les droits d'hypothèque que le débiteur viendrait à consentir plus tard sur le même objet, rencontrant le droit primitif, ne peuvent l'altérer, le restreindre; ils ne peuvent grever la chose que déduction faite du droit primitif qui s'exercera plein et entier. Le créancier qui le premier a reçu hypothèque sera donc préféré à ceux qui n'ont reçu hypothèque qu'après lui; tel est le principe fondamental en matière de préférence, principe qui se formule ainsi : *Prior tempore potior jure* (l. 2, l. 4, C., *h. t.*). La première cause de préférence est donc l'antériorité du temps; mais il en est une autre que nous verrons plus loin : la nature de la créance.

CHAPITRE II.

SECTION I.

De l'antériorité du temps.

Puisque, entre plusieurs hypothèques établies successivement sur le même objet, celle-là a la préférence qui

a été établie la première, il est donc fort important de déterminer d'une manière précise à quel moment l'hypothèque peut être considérée comme établie.

I. En principe, l'hypothèque existe au moment même de la convention qui l'établit, lors même que la chose ne serait hypothéquée qu'à partir d'un certain terme ou sous condition (l. 13, § 2, *h. t.*), pourvu que cette condition ne soit pas potestative de la part du débiteur, cas auquel l'hypothèque ne daterait que du jour de l'arrivée de la condition. Exemple : un fermier consent hypothèque à son bailleur sur les choses qu'il apportera sur le fonds ; comme il dépend du débiteur de n'apporter aucun objet, l'hypothèque ne commence sur chaque objet que du jour de son introduction sur le fonds (l. 11, § 2, *h. t.*).

Lorsque la créance pour la sûreté de laquelle l'hypothèque est consentie est pure et simple ou à terme, l'hypothèque prend rang du jour de sa constitution.

Lorsque la créance est conditionnelle, il faut distinguer :

1° Si la condition est casuelle, c'est-à-dire, s'il n'est plus au pouvoir d'aucune des parties d'empêcher l'arrivée de l'événement pris pour condition, l'hypothèque existe et prend rang dès l'époque de sa constitution, pourvu que la condition vienne ensuite à s'accomplir. En effet, la condition une fois accomplie a un effet rétroactif, et la créance est censée avoir été pure et simple dès le principe. Cette décision est confirmée par plusieurs textes (l. 5, pr., D., *De pig. et hyp.* ; l. 9, pr. et § 1 ; l. 11, § 1 ; l. 1. D., *h. t.*), La loi 1 de notre titre prévoit l'hypothèse suivante : un homme qui a promis une dot

à un mari s'est fait consentir une hypothèque par ce dernier, pour s'en assurer la restitution. Celui qui a constitué la dot en paye une partie; après quoi, le mari hypothèque à un autre créancier les objets déjà hypothéqués au constituant, et, enfin, il reçoit le reste de la dot. Papinien se demande quel sera le rang hypothécaire du constituant. Faut-il s'attacher pour déterminer ce rang à l'époque des paiements de la dot, de sorte que le constituant aurait le premier rang pour l'à-compte versé d'abord, et le troisième pour ce qu'il a payé après l'établissement de l'hypothèque au profit du second créancier? Non, car dès que l'hypothèque a été consentie à celui qui a constitué la dot, il n'a plus été au pouvoir du constituant d'empêcher la créance en restitution de dot de prendre naissance. D'un autre côté, le mari ne pouvait pas éviter de devenir débiteur en ne recevant pas le second versement, car il n'avait pas le droit de le refuser au préjudice de sa femme. L'hypothèque prendra donc rang du jour de sa constitution pour le chiffre total de la dot.

2° Si la condition est potestative, c'est-à-dire, si son accomplissement dépend de la volonté de l'une des parties; en d'autres termes, si les contractants ont réservé leur liberté de telle sorte que l'un d'eux puisse empêcher la créance de prendre naissance, l'hypothèque n'existera et ne prendra rang que du moment où la condition se réalisant donnera existence à la créance. Et ceci se comprend : l'hypothèque, en effet, n'est qu'un droit accessoire, qui ne peut exister qu'autant que le droit principal, pour la garantie duquel elle est établie, existe lui-même. C'est ce que décide la loi 11, pr., de notre titre. Titius

consent une hypothèque à Primus pour l'argent que celui-ci lui *prêtera*; il emprunte ensuite de Secundus, et lui consent hypothèque sur les mêmes biens; enfin, il reçoit de Primus la somme promise: comme il était libre de ne pas recevoir cette somme, « *poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam,* » l'hypothèque consentie à Primus ne datera que de la réalisation de l'emprunt; Secundus aura le premier rang (L. 1, § 1, D., *h. t.*).

Ces principes étant posés, nous allons examiner quelques cas dans lesquels l'application de notre règle *prior tempore potior jure* peut présenter quelques difficultés. Nous verrons successivement : 1° hypothèque de la chose d'autrui; 2° hypothèque sur les biens à venir; 3° *pignus prætorium*; 4° *pignus judiciale*; 5° conflit entre une hypothèque générale et une hypothèque spéciale.

§ 1^{er}. — Hypothèque de la chose d'autrui.

Deux hypothèses sont possibles : 1° le débiteur a hypothéqué la chose d'autrui sous la condition *si in dominium meum pervenerit*; 2° il l'a hypothéquée purement et simplement.

1^{re} hypothèse. Si le débiteur hypothèque la chose d'autrui sous la condition qu'il en deviendra propriétaire, cette hypothèque est certainement valable; la loi 16, § 7, *De pign. hyp.*, le dit positivement : *Alienu res utiliter potest obligari sub conditione, si debitoris facta fuerit.* Mais cette hypothèque ne pourra naître et prendre rang qu'à partir du moment où le débiteur acquerra la chose,



parce que l'accomplissement de la condition dépend uniquement de sa volonté.

2° hypothèse. Le débiteur consent une hypothèque sur la chose d'autrui purement et simplement. Rigoureusement, cette hypothèque devrait être nulle, car *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. Cependant, il peut arriver que l'hypothèque soit validée dans certains cas : 1° si le propriétaire ne réclame pas la chose ; 2° si le propriétaire ratifie les hypothèques consenties sur la chose par un tiers ; 3° si le débiteur qui a consenti des hypothèques sur la chose d'autrui en devient propriétaire.

1^{er} cas. Le propriétaire ne réclame pas. Alors les choses se passeront comme si le débiteur eût été propriétaire ; le créancier pourra se faire mettre en possession et vendre la chose. S'il y a plusieurs créanciers, on observera pour la préférence l'ordre des dates des différentes constitutions.

2° cas. Le propriétaire ratifie. Cette ratification valide l'hypothèque constituée sur sa chose par un tiers : *Aliena res pignori dari voluntate domini potest sed et si ignorante eo data sit, et ratum habuerit, pignus valebit* (L. 20, *De pign. act.*, 13, 7) ; et l'hypothèque prendra rang à partir du moment de sa constitution ; car on présume qu'en ratifiant, le propriétaire entend faire remonter l'hypothèque à la date de la convention (L. 16, § 1, *De pign. et hyp.*). Par conséquent, s'il y a plusieurs hypothèques consenties par le même débiteur et ratifiées par le propriétaire, elles seront classées d'après l'ordre des dates de leur constitution.

3° cas. Le débiteur qui a consenti une hypothèque sur

la chose d'autrui en devient propriétaire. Rigoureusement, l'hypothèque, au moment où elle est établie, est nulle; mais elle se trouvera validée par l'acquisition que le débiteur fera de la chose. C'est ce que décide le jurisconsulte Paul dans la loi 41, *De pign. act.* : *Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus ejus rei esse cœpisti, datur utilis actio pignoratitia creditori.... nam quum convenisset de pignore ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur.* Ainsi, d'après cette loi, une fois que le débiteur est devenu propriétaire de la chose d'autrui qu'il a hypothéquée, le créancier peut exercer, non pas l'action hypothécaire ordinaire, parce que l'hypothèque n'était pas valable dans le principe, mais l'action *utile*, et cela par équité, parce que le débiteur ne pourrait se défendre qu'en argumentant de son propre mensonge. Si le débiteur agissait lui-même contre le créancier en possession du gage, celui-ci le repousserait par l'exception de dol (L. 7, § 2, *De S. C. Maced.*).

Si le débiteur a consenti plusieurs hypothèques sur la chose d'autrui, une fois qu'il sera devenu propriétaire, ces hypothèques grèveront la chose dans l'ordre de leurs dates respectives.

§ 2. — Hypothèques sur les biens à venir.

Comment régler le rang de divers créanciers qui ont reçu hypothèque sur les biens à venir?

Ainsi, après avoir consenti une première hypothèque générale à un créancier, le débiteur a consenti une nouvelle hypothèque, soit générale, soit spéciale, à un second créancier : dans quel ordre ces deux hypothèques

frapperont-elles les biens acquis par le débiteur postérieurement à leur constitution? Faut-il dire qu'elles le grèveront en même temps, et que les deux créanciers viendront par concurrence; ou bien, au contraire, faut-il tenir compte de l'antériorité de la convention et appliquer la règle générale, *prior tempore potior jure*?

Cette question, qui divise encore les jurisconsultes modernes, ne se trouve pas traitée d'une manière très-nette dans les textes que nous a laissés Justinien; aussi, les interprètes sont-ils loin d'être d'accord sur le point de savoir quelle fut sur cette question la doctrine des jurisconsultes romains. Deux systèmes sont en présence, et chacun d'eux s'appuie sur des textes du Digeste.

Le premier fait venir les créanciers par concurrence : théoriquement, dit-on, il doit en être ainsi, car si les hypothèques sur les biens à venir sont valables, elles ne peuvent grever les biens acquis par le débiteur qu'au fur et à mesure de leur acquisition; chacune d'elles frappe donc le bien au moment où il est acquis, c'est-à-dire en même temps; l'une ne peut l'atteindre avant l'autre. Ce système prétend trouver sa confirmation dans la loi 7, § 1, *Qui potiores* : « Si je vous ai hypothéqué tout ce que je dois acquérir et que j'aie hypothéqué spécialement à Titius un fonds, si j'en deviens propriétaire; que j'acquière ensuite la propriété de ce fonds, Marcellus pense que les deux créanciers concourront pour leur gage. Car la circonstance que le débiteur a payé de ses deniers est peu importante, puisqu'une chose acquise avec les deniers engagés à un créancier ne lui est pas engagée par cela seul que l'argent était engagé (1).

(1) Traduction de M. Pellat.

Ainsi, cette loi suppose qu'un homme a consenti deux hypothèques : l'une générale, sur ses biens présents et à venir; l'autre spéciale, sur tel bien à venir, seulement, le jurisconsulte Ulpien décide que ce bien une fois entré dans le patrimoine du débiteur sera grevé au profit des deux créanciers qui viendront par concurrence. Mais le jurisconsulte ne donne pas les motifs de ce concours; il se contente d'écarter les prétentions à la priorité que pourrait élever le créancier à hypothèque générale, disant qu'ayant une hypothèque sur les écus qui ont servi à acquérir le bien, cette hypothèque s'est transportée des écus sur les biens acquis avec ces écus, et qu'en conséquence il doit conserver sur le bien acquis, à l'égard de l'autre créancier, la cause de préférence qu'il avait sur les écus. Mais Ulpien rejette cet argument en faisant remarquer qu'un bien acquis avec des écus engagés n'est pas pour cela frappé du même gage que ces derniers : « *Quippe cum res ex nummis pigneratis empta non sit pignorata, ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat.* »

C'est sur cette loi qu'on s'est appuyé pour soutenir que la règle *prior tempore potior jure* n'est pas applicable dans notre hypothèse. Nous rejetons ce système, parce que nous pensons que si Ulpien, dans la loi 3, § 1, établit le concours entre les deux créanciers, c'est, comme on l'a dit, parce que ces deux créanciers avaient reçu hypothèque en même temps. Le texte, il est vrai, ne fait pas mention de cette circonstance; néanmoins, on doit supposer que le créancier à hypothèque générale n'avait pas la priorité de date, sans quoi il n'eût pas manqué de l'invoquer. Et si, en fait, cette cause de préférence eût existé, Ulpien n'aurait pas manqué d'indiquer pour quels

motifs il la rejetait. Il est donc à croire que si le jurisconsulte fait venir en concours les deux créanciers, c'est parce qu'ils avaient reçu hypothèque en même temps. Du reste, rien dans le texte ne s'oppose à cette interprétation : *Si tibi quæ habiturus sum et Titio specialiter fundum obligaverim*; ces expressions, loin d'indiquer que les deux hypothèques aient été consenties à des époques différentes, semblent montrer qu'elles l'ont été en même temps.

Nous nous rangeons donc à l'opinion de ceux qui appliquent aux hypothèques sur les biens à venir la règle générale *prior tempore potior jure*, opinion qui se base sur la loi 21, pr., *Qui potiores*. Cette loi suppose que Titius, débiteur de Seia par suite d'un compte de tutelle, lui a constitué hypothèque générale sur ses biens présents et à venir. Plus tard, Titius emprunte du fisc, auquel il hypothèque tous ses biens, *res suas omnes*; ensuite, il paye à Seia une partie de la somme qu'il lui doit, et pour le surplus fait novation avec elle, et il est entendu que la nouvelle créance de Seia sera garantie par l'hypothèque générale qui garantissait sa créance primitive. Cette novation conserve à Seia, pour sa nouvelle créance, la même priorité qu'elle avait pour l'ancienne, ceci est certain. Mais ensuite Scævola se demande si Seia doit avoir la préférence sur le fisc, non-seulement quant aux biens appartenant à Titius au moment de sa première obligation, mais encore quant à ceux qu'il a acquis postérieurement, et le jurisconsulte répond qu'il ne voit rien qui s'y oppose : *Nihil proponi cur non sit Seia præferenda*. Tant que Seia ne sera pas intégralement payée, elle primera le fisc. Le jurisconsulte applique donc la règle *prior tempore potior jure*.

Mais l'on conteste l'autorité de ce texte en disant qu'il ne s'occupe pas de notre question. Quel est, dit-on, le point qu'a voulu régler le jurisconsulte et qui pouvait faire doute? C'est celui-ci : la novation faite par Seia ne lui a-t-elle pas fait perdre son rang hypothécaire? Et c'est on se référant à cette difficulté que Scaevola répond qu'il ne voit rien dans l'exposé qui empêche qu'elle ne soit préférée. A cette objection je réponds que ce ne peut être là la difficulté dont s'occupait le jurisconsulte; car cette difficulté n'en était pas une, puisqu'il était constant en droit romain que le créancier qui, en novant, réserve pour la seconde créance l'hypothèque attachée à la première, continue à avoir cette hypothèque au même rang que précédemment, comme on peut s'en convaincre en lisant la loi 12, § 5, *Qui potiores*. Cela ne pouvait donc faire doute ni pour Scaevola, ni pour la personne qui le consultait.

Mais on insiste et l'on dit : La preuve que le jurisconsulte ne s'occupait pas de notre question, c'est qu'il ne parle pas des choses acquises par le débiteur depuis le contrat fait avec le fisc. Or, ce n'est que pour ces choses que la question peut se présenter; car, pour les biens acquis avant le contrat fait avec le fisc, Seia a certainement la préférence dans tous les systèmes. A cela je réponds qu'on introduit dans le texte une distinction qui ne s'y trouve pas, et que les mots *item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisivit*, comprennent tout aussi bien les choses acquises postérieurement au contrat fait avec le fisc que les choses acquises avant ce contrat, mais après la première obligation de Titius envers Seia. Si le jurisconsulte n'avait eu en vue que les biens acquis avant

le contrat fait avec le fisc, comprendrait-on qu'il se fût exprimé d'une manière aussi générale, et qu'il n'eût pas pris soin de limiter sa question aux biens acquis avant le contrat fait avec le fisc ?

Enfin l'on dit : La question qui nous occupe ne pouvait pas même se présenter dans l'hypothèse prévue par Scævola, parce que, avant Justinien, le débiteur qui hypothéquait *res suæ omnes* n'hypothéquait point par là ses biens à venir. C'est, en effet, Justinien qui, le premier, a décidé que l'hypothèque de tous les biens s'étendrait même aux biens à venir (L. 9, *Quæ res pign.*, C. 8, 17). Avant lui, il n'en était pas ainsi ; par conséquent, dans la loi 21, l'hypothèque du fisc n'avait embrassé que les biens présents ; dès lors il n'y avait pas de conflit possible sur les biens acquis postérieurement au contrat fait avec le fisc, Scia ayant seule hypothèque sur ses biens-là. Il est vrai qu'avant Justinien la question de savoir si l'hypothèque *de tous les biens* comprenait les biens à venir n'avait pas été résolue législativement ; avant lui, il y avait là une question d'interprétation de la volonté des parties qui pouvait diviser les jurisconsultes ; alors il n'est pas trop hasardé d'admettre que Scævola pensait que l'hypothèque donnée au fisc sur tout le patrimoine frappait même les biens à venir, puisque rien dans le texte de ce jurisconsulte ne restreint cette hypothèque aux biens antérieurs à la convention faite avec le fisc.

Quoi qu'il en soit, on ne peut pas rejeter l'autorité de la loi 21 pour l'époque de Justinien, et on sera bien obligé d'admettre que, dans le dernier état du droit romain, le conflit entre hypothèques sur les biens à venir se réglait,

non par le concours, mais par la règle *prior tempore potior jure*.

Enfin, il est une loi fort embarrassante pour les partisans du concours, c'est la loi 28, *De jure fisci* : « Si, qui mihi obligaverat quæ habet, habiturus esset, cum fisco contraxerit : sciendum est, in re postea adquisita fiscum potiozem esse debere, Papinianum respondisse; quod et constitutum est, prævenit enim causam pignoris fiscus. » D'après Cujas, dont l'interprétation a été reproduite par les partisans du concours, l'hypothèque générale qui a été accordée au fisc, en raison de ses créances contractuelles, reste soumise à la règle *prior tempore*, quant aux biens appartenant au débiteur au moment où le fisc traite avec lui; mais cette hypothèque serait privilégiée quant aux biens acquis postérieurement. Il y aurait là une exception au droit commun, d'après lequel tous les créanciers à hypothèque générale devraient concourir sur les biens à venir, comme le décide la loi 7, § 1; mais le fisc ne serait pas soumis à cette règle. Voilà comment les partisans du concours écartent ce que la loi 28 peut avoir d'embarrassant pour leur doctrine, et comment ils concilient cette loi 28 avec la loi 7, § 1, *Qui pot.*

Mais l'existence de cette hypothèque privilégiée au profit du fisc, quant aux biens à venir, est loin d'être prouvée. Ce qui est vrai, c'est qu'une hypothèque générale a été accordée au fisc pour ses créances contractuelles, en dehors de toute stipulation (L. 2, C., *In quib. caus. pig.*, 8, 15). Mais les textes, loin de nous dire que cette hypothèque est privilégiée, disent positivement le contraire. Ainsi, la loi 2, *De privilegio fisci* (C. 7, 73), porte : « Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemna-

tus ; tamen si, priusquam res ejus tibi obligarentur, cum fisco contraxit, jus fisci causam tuam prævenit. Quod si post bonorum ejus obligationem rationibus meis cœpit esse obligatus, in ejus bona cessat privilegium fisci. » Dans la première hypothèse de cette loi, le fisc prime la femme créancière pour sa dot, mais pourquoi ? Est-ce parce que son hypothèque serait privilégiée ? Nullement. C'est parce qu'il avait reçu hypothèque du mari avant que celui-ci hypothéquât tous ses biens en faveur de sa femme. Au contraire, dans la seconde hypothèse, où la femme a reçu hypothèque en premier lieu, le fisc est primé par elle. Il est donc impossible d'expliquer la loi 28 par cette idée que l'hypothèque tacite et générale du fisc serait privilégiée.

Pour nous, ce texte ne présente rien d'embarrassant, car il nous paraît contenir la même doctrine que la loi 21, *Qui potiores*. D'après la loi 28, le fisc, ayant contracté le premier, est préféré sur les biens présents, cela ne fait aucun doute ; aussi Ulpien ne parle pas des biens présents. Mais est-il préféré aussi sur les biens acquis postérieurement à la naissance de l'hypothèque de la femme ? Ou bien le fisc et la femme viendront-ils en concours ? Ulpien décide, après Papinien, que le fisc est préféré même sur ces biens : *In re postea adquisita fiscum potior rem esse* ; de sorte que ces deux jurisconsultes appliquent, comme Scævola, la règle *prior tempore potior jure* aux hypothèques consenties successivement sur les biens à venir.

Si, négligeant les textes, nous cherchons la solution de notre question dans les principes du droit romain en matière hypothécaire, nous les trouvons encore favora-

bles à notre opinion. En effet, il était de principe en droit romain, comme en droit français, que lorsqu'un débiteur a hypothéqué ses biens à un premier créancier, il ne peut les hypothéquer à un second qu'à la charge de respecter les droits du premier. C'est sur cette idée qu'est basée la règle *prior tempore potior jure*. Or, du moment que la législation romaine eût admis l'hypothèque des biens à venir, elle dut forcément lui appliquer ce principe, sinon la garantie résultant de cette hypothèque eût été illusoire : permettre à un débiteur, qui a consenti une hypothèque sur ses biens à venir à un premier créancier, de la restreindre en la soumettant à un concours par une constitution postérieure, c'eût été lui permettre de rendre à peu près inutile la sûreté qu'avait exigée ce créancier.

L'objection, qui consiste à dire que l'hypothèque, droit réel, ne peut prendre naissance tant que le bien n'est pas entré dans le patrimoine du débiteur, ne nous touche pas, car l'hypothèque consentie sur les biens à venir n'est autre chose qu'une hypothèque conditionnelle, subordonnée, il est vrai, à la condition que les biens hypothéqués entreront dans le patrimoine du débiteur ; mais nous savons que quand une fois la condition est accomplie, l'hypothèque doit être considérée comme ayant été consentie dès l'origine purement et simplement. Mais, dit-on, le droit romain n'admet cet effet rétroactif que quand il s'agit d'une condition casuelle, et ici il s'agit d'une condition purement testamentative. Nous répondrons, avec M. Machelard (1),

(1) M. Machelard, Textes de droit romain sur la possession et les hypothèques.

que c'est pousser trop loin l'idée de la condition purement potestative ; qu'une condition est purement potestative quand le débiteur peut à son gré la faire arriver ou la faire manquer sans inconvénient pour lui, sans en ressentir de la gêne ; or, ce serait quelque chose de trop gênant pour un débiteur que de s'interdire toute acquisition. Ce que les lois romaines voulaient empêcher, en refusant l'effet rétroactif à la condition purement potestative, c'était qu'un débiteur pût, à son gré, créer des droits réels et les anéantir ensuite, favoriser par là l'un de ses créanciers aux dépens des autres. Mais cet inconvénient n'est pas à craindre dans l'hypothèse que nous venons d'examiner.

§ 3. — Du *pignus prætorium*.

Il y a deux espèces de gages prétoriens : 1° la *missio in possessionem*, qui a conservé, dans la doctrine, le nom de *pignus prætorium* ; 2° le *pignus in causa judicati captum*, appelé par les interprètes *pignus giudiciale*.

Du *pignus prætorium* proprement dit.

L'envoi en possession des biens d'un débiteur n'est pas un acte d'exécution définitif ; c'est plutôt une mesure conservatoire qui donne aux créanciers le moyen de s'assurer leur paiement, en leur consacrant une espèce de gage. Les principaux cas de cet envoi nous sont indiqués par Gaius (III, § 78). Nous citerons le cas où un débiteur était *indefensus*, ce qui avait lieu lorsqu'il ne

comparaissait pas en justice et que personne ne se présentait pour lui.

L'envoi peut être demandé, soit par tous les créanciers, soit par un seul ; mais l'envoi obtenu par un seul profite à tous : les autres pourront se mettre en possession sans autorisation nouvelle. Telle est au moins l'opinion qui, à l'époque des jurisconsultes, était soutenue par Labéon et par Paul, et qui a été consacrée par Justinien (L. 12, *De auct. jud.*, D., 42, 5, et L. 10, *De bonis auct. jud.*, C. 7, 72). C'est le prêteur et non pas le juge qui prononce l'envoi en possession par un décret ; une fois le décret obtenu, le créancier peut se mettre lui-même en possession. L'envoi porte sur tout le patrimoine ; on en excepte cependant la concubine du débiteur (L. 38, D., 42, 5).

L'envoi en possession ne rend pas les créanciers propriétaires ; elle ne leur confère pas même une possession véritable, pouvant les conduire à l'usucapion : ils n'ont que la garde des objets, ils n'ont pas les interdits (L. 6 et 8, *De bonis auct. jud.*, C. 7, 72). Toutefois, dans le cas où le créancier serait, par le dol ou par la violence d'un autre, empêché d'entrer en possession ou dépouillé de celle qu'il avait déjà acquise, le prêteur lui permet d'intenter, soit l'interdit prohibitoire et restitutoire, *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, soit une action *in factum* tendant à obtenir des dommages-intérêts (L. 1, pr., et § 1 à 5 ; L. 3, § 2 ; L. 4, pr., et § 4. D., *Ne vis fiat ei*) (1).

Outre la garde et la détention, les créanciers acquiè-

(1) M. Pellat, traduction de Schilling, page 92.

rent un *pignus prætorium* qui porte sur tous les biens, même sur les biens incorporels. Mais le simple envoi en possession, résultant du décret, ne suffit pas pour leur faire acquérir ce *pignus* : leur droit de gage ne date que du moment qu'il y a eu de leur part prise de possession effective (L. 26, § 1, *De pign. act.*, D., 13, 7).

Les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur le point de savoir si ce gage prétorien donnait un droit de suite ; mais Justinien accorda ce droit de suite aux créanciers, lors même qu'ils auraient perdu la possession par leur faute (L. 2, C., *De pign. prætor.*, 8, 22).

Quel sera le rang de ce *pignus prætorium* ? Il faut distinguer le cas où le créancier qui veut s'en prévaloir est en conflit avec un autre créancier ayant un gage d'une nature différente, et le cas où il se trouve en conflit avec un créancier ayant également un *pignus prætorium*.

I. Si le conflit s'élève entre un créancier ayant un *pignus prætorium* et un créancier ayant un gage d'une nature différente, soit un gage conventionnel, soit un *pignus judiciaire*, le conflit est réglé par la maxime *prior tempore potior jure*. C'est ce qui résulte de la loi 2, C., *Qui potiores*. Ce texte suppose un créancier envoyé en possession par décret du prêteur, *fideicommissi condicionalis servandi gratia*, en concours avec un créancier qui a un *pignus judiciaire*. La loi 2 donne la préférence au créancier qui, le premier, a été envoyé en possession : *Nam cum de pignore utraque pars contendit, prævalet jure qui prævenit tempore*.

II. Si nous supposons en concours plusieurs créanciers qui ont tous obtenu successivement la *missio in*

possessionem, il n'y aura aucune différence entre eux, c'est-à-dire ils viendront en concours, pourvu qu'ils aient même titre et même qualité, car le *pignus prætorium* n'établit pas de préférence au profit du créancier qui l'a obtenu le premier. C'est ce que décide la loi 5, § 3, *Ut in posses. legat* (D. 36, 4) : *Qui prior missus est legatarius in possessionem non præfertur ei qui postea mittitur : inter legatarios enim nullum ordinem observamus, sed simul omnes æqualiter tuemur.*

Si, au contraire, les créanciers sont envoyés en possession, chacun pour des causes, à des titres différents, l'un *damni infecti*, l'autre *legatorum servandorum causa*, chacun d'eux pourra invoquer la préférence spéciale qu'il peut avoir ; et c'est d'après la règle *prior tempore potior jure* que se fera le règlement du conflit (L. 3, C., *Qui pot.*).

§ 4. — Du *pignus judiciaire*.

Le *pignus in causa judicati captum* est un gage prétorien qui a pour but d'assurer l'exécution d'une sentence ; il a reçu des commentateurs le nom de *pignus judiciaire*. Cette qualification, qui peut présenter une certaine commodité de langage, a un inconvénient ; elle pourrait faire croire que le gage était conféré par la sentence du juge à la partie qui gagnait son procès. Ce serait une erreur. Le *judex* romain, simple particulier, n'a d'autre pouvoir que celui de rendre la sentence, en vertu de la délégation que lui a faite le préteur. Sa décision n'est pas exécutoire par elle-même et ne peut conférer un droit de gage à celui qui l'a obtenue. Si le débiteur condamné n'exécute pas volontairement la sentence, le

créancier sera obligé de recourir au prêteur, seul revêtu de l'*imperium*, et ayant seul le pouvoir d'ordonner l'exécution de la sentence rendue par le *judex*. Le prêteur rendra un décret ordonnant la saisie d'une portion du patrimoine du débiteur, suffisante pour assurer le paiement du créancier. Cette saisie sera opérée, non plus par le créancier lui-même, comme dans la *missio in possessionem*, mais par des *apparitores* ou *exercitores*, chargés de mettre à exécution les ordres du magistrat. La saisie devait porter d'abord sur les meubles; en cas d'insuffisance, sur les immeubles, et enfin sur les créances.

L'effet de cette saisie était de constituer un droit de gage au profit du créancier, pour le protéger contre toute aliénation de la part du débiteur; mais elle ne faisait pas disparaître les droits de préférence résultant d'hypothèques antérieurement établies.

Ce droit de gage ne datait que du jour de la saisie opérée et ne remontait pas au jour du décret.

Quel sera le rang du créancier nanti d'un *pignus judiciale*?

1° Si nous supposons plusieurs créanciers ayant tous un *pignus judiciale*, la préférence entre eux sera réglée d'après la date de leurs droits, c'est-à-dire qu'entre eux la règle *prior tempore potior jure* recevra son application, comme elle la recevrait entre plusieurs créanciers ayant des hypothèques conventionnelles, à la différence du *pignus prætorium*, qui n'établissait pas de préférence entre les créanciers qui l'avaient obtenu à diverses époques. Le motif de cette différence est que chaque créancier qui obtient le *pignus judiciale* ne l'obtient que pour lui, dans son intérêt particulier, tandis que nous avons

vu que le *pignus prætorium* obtenu par un seul des créanciers profitait à tous (loi 10, *h. t.*).

2° Si un créancier ayant un *pignus judiciaire* se trouve en conflit avec un créancier ayant une hypothèque conventionnelle, on appliquera la règle *prior tempore potior jure* (loi 10, *h. t.*).

3° Il en sera de même, comme nous l'avons dit, si le conflit s'élève entre un créancier ayant un *pignus judiciaire* et un créancier ayant un *pignus prætorium* (L. 2, C., *Qui pot.*).

§ 5. — Conflit entre une hypothèque générale et une hypothèque spéciale.

Lorsqu'un créancier à hypothèque générale et un créancier à hypothèque spéciale se présentent pour agir sur les biens du même débiteur, le premier créancier pourra-t-il être contraint de concentrer son action sur les choses non affectées à l'hypothèque spéciale? Ainsi, un homme a consenti sur ses biens une hypothèque générale à Primus, ensuite il a consenti une hypothèque spéciale à Secundus sur le fonds A. Si Primus veut exercer son droit hypothécaire sur le fonds A, Secundus peut-il le renvoyer discuter les biens non affectés à l'hypothèque spéciale? Papinien répond négativement dans la loi 2 de notre titre : *Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est cui postea prædium ex his bonis datur, quamvis ex cæteris pecuniam suam redigere possit*. En effet, un créancier est libre de choisir, parmi les biens qui lui sont hypothéqués, celui qu'il voudra, pour en retirer le montant de sa créance : *Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus*

velit, distractis, ad unum commodum pervenire (L. 8, D., *De distract. pign.*, 20, 5). Il résulte de là que le créancier à hypothèque générale pourra mettre son option aux enchères entre le créancier à hypothèque spéciale et la masse des créanciers chirographaires, ou bien entre deux créanciers ayant hypothèque spéciale sur des biens différents.

Cependant un tempérament fut apporté plus tard par les empereurs à la décision de Papinien. La loi 2 au Code, *De pign.*, 8, 14, suppose qu'un premier créancier a reçu hypothèque générale sur les biens de son débiteur et hypothèque spéciale sur quelques-uns ; un second créancier a reçu seulement une hypothèque spéciale. D'après la règle ci-dessus, le premier créancier pourrait exercer son hypothèque même sur le bien, spécialement affecté au second créancier. Mais Sévère et Antonin décident que si les biens spécialement affectés au premier créancier suffisent pour le désintéresser, il devra respecter le gage du second créancier. C'est ce qu'on appelle *beneficium excussionis reale*.

SECTION II.

Concours entre créanciers de même date.

Quels sont les cas dans lesquels il peut y avoir concours entre créanciers de même date ?

Nous trouvons :

1° Le cas de plusieurs hypothèques sans date ; ces hypothèques viendront postérieurement à toutes celles qui auront une date, mais concourront entre elles.

2° Dans le cas où des hypothèques ont été consenties le même jour (*in eodem die*), mais à des instants différents, il peut y avoir doute. Faut-il décider qu'elles sont de même date ou de dates différentes? Nous croyons qu'on peut les traiter comme des hypothèques de dates différentes; nous basons cette décision sur la règle fondamentale *prior tempore potior jure* : du moment que l'une des deux hypothèques a été consentie avant l'autre, la première doit être préférée, car le débiteur n'a pu consentir la seconde que sous la réserve de la première.

Mais, en fait, il devait arriver souvent qu'aucun des créanciers, qui avaient reçu hypothèque le même jour, fût en mesure de prouver que la sienne avait été établie la première; alors, on était bien obligé de considérer ces hypothèques comme simultanées.

3° Le cas où le débiteur a hypothéqué sa chose à deux créanciers en même temps et pour le tout : *Ita ut utrique in solidum obligata esset* (L. 1, § 1, *De salv. interd.*, 43-3).

Voilà les divers cas où il peut y avoir lieu à un concours proprement dit entre plusieurs créanciers, la chose tout entière étant hypothéquée à chacun d'eux.

Voyons maintenant comment ce concours va être réglé : les choses se passent différemment suivant que le débat s'élève entre deux créanciers ou entre un créancier et un tiers possesseur.

1° A l'encontre de tout possesseur non créancier hypothécaire, chaque créancier hypothécaire peut agir pour le tout par l'action Servienne ou par l'interdit Salvien, dans les cas où il y avait lieu de l'exercer.

2° Si c'est entre créanciers que le débat s'élève, il

semble que leurs droits doivent être égaux, puisque leurs hypothèques ont la même date; il n'y a pas motif de préférer l'un plutôt que l'autre. Aussi la loi 20, § 1, *De pign. act.*, (D., 13, 7), dit-elle : *Si pluribus res simul pignori detur, equalis omnium causa est.* D'après cela, il faudrait donc décider que chaque créancier doit obtenir la possession d'une partie de l'immeuble, ou au moins que tous les créanciers doivent venir par concurrence sur le prix. Mais il n'en était pas ainsi le plus souvent, et la règle de la loi 20, § 1, *De pign. act.*, est gravement modifiée par d'autres textes, notamment par la loi 1, § 1, *De salv. interdict.* (D., 43, 33), où il est dit : *Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatæ essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur, inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit.* Donc, si de deux créanciers ayant des droits égaux, l'un se trouve en possession, lorsque celui qui ne possède pas exercera l'interdit Salvien pour réclamer la possession de tout ou partie de la chose hypothéquée, le créancier possesseur le repoussera en disant : *In pari causa melior est causa possidentis.*

Mais le créancier non possesseur sera-t-il plus heureux s'il recourt à l'action hypothécaire? Nullement. Ulpien, dans la loi 10, *De pignor. et hypoth.*, nous dit en effet : « Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatæ essent; singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur; inter ipsos autem si quæstio moveatur possidentis meliorem esse conditionem; dabitur enim possidenti hæc

exceptio : si non convenit ut eadem res mihi quoque pignori esset. »

Ainsi, soit que le créancier non possesseur agisse par l'interdit Salvien, soit qu'il agisse par l'action hypothécaire, il sera repoussé par le créancier possesseur.

Cependant Ulpien, dans une autre loi, dans la loi 2, *De salvian. interd.*, semble donner une décision différente pour le cas où le créancier non possesseur agira par l'action hypothécaire : « In Salviano interdicto, si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta, possessor vincet; et erit eis descendendum ad Servianum judicium. » Ulpien, en renvoyant le créancier vaincu dans l'interdit Salvien à se pourvoir par l'action Servienne, semble indiquer que le créancier, par cette action, obtiendra un meilleur résultat. Mais s'il en est ainsi, Ulpien se met en contradiction avec lui-même, en donnant dans la loi 2, *De Salv. interd.*, une solution différente à celle qu'il a donnée dans la loi 10, *De pign. et hyp.* Comment donc concilier ces deux lois?

Nous empruntons à l'un de nos maîtres, M. Demangeat, la conciliation suivante : pour qu'un bailleur puisse réussir dans l'action Servienne, il faut que la chose qui lui a été hypothéquée soit susceptible d'hypothèque, et qu'elle lui ait été hypothéquée par le fermier propriétaire de cette chose ou ayant l'agrément du propriétaire; au contraire, pour réussir dans l'interdit, il lui suffit que la chose ait été apportée par le fermier pour lui servir de sûreté. A l'appui de cette décision, nous citons le § 3, *De act. inst.*, lequel suppose que le fermier qui hypothèque est propriétaire, tandis que les textes relatifs aux interdicts n'exigent rien de semblable. Alors pour comprendre la loi 2,

on n'a qu'à supposer que les meubles apportés par le fermier ne lui appartenassent pas, mais que le tiers propriétaire a consenti que le fermier hypothéquât ces meubles à l'un des bailleurs et non à l'autre. Si ce dernier possède, il triomphera dans l'interdit; mais il échouera dans l'action, parce qu'il ne pourra pas opposer l'exception *si non mihi res quoque obligata erit*.

Ainsi, lorsque la chose aura été hypothéquée aux deux créanciers pour le tout par le propriétaire, ou lorsque celui qui a hypothéqué la chose aux deux créanciers n'avait l'agrément du propriétaire pour consentir l'hypothèque qu'à un seul des deux créanciers, celui-ci possédant pourra repousser l'autre, soit dans l'interdit, soit dans l'action. Conséquences : 1° lui seul pourra retenir la possession jusqu'à parfait paiement ; 2° lui seul aura le droit de vendre, puisque lui seul peut livrer la chose ; 3° la vente qu'il consentira purgera les hypothèques des autres créanciers de même date, car l'exception par laquelle il peut les repousser pourra aussi leur être opposée par son acheteur.

On voit que cette décision *æqualis omnium causa est* se trouve singulièrement modifiée par l'effet de la maxime *in pari causa melior est causa possidentis*.

Cependant il peut se faire qu'il y ait lieu à un véritable concours entre créanciers de même date ; ce sera dans le cas où aucun d'eux n'aura la possession et que tous la réclameront en même temps. Alors chacun d'eux pourra-t-il réclamer la chose entière, ou bien chacun d'eux n'obtiendra-t-il que la possession d'une portion de la chose ? Dans la loi 16, § 8, *De pign. et hyp.*, le jurisconsulte Marcien résout cette question par une distinction ;

si la chose a été hypothéquée séparément à tous les créanciers le même jour (*codem die*), chacun d'eux pourra réclamer la chose entière, car alors on pourra considérer la chose comme ayant été hypothéquée en entier à chacun. Que si elle leur a été engagée en même temps (*simul*), chacun pourra agir encore pour le tout contre le possesseur, si telle a été l'intention des parties; sinon chacun agira pour une portion, parce qu'alors chacun d'eux se voyant, au moment de la convention, en face d'autres créanciers hypothécaires, a pu s'attendre à n'obtenir qu'une portion de la chose. Mais ici s'agit-il de parts égales ou de parts proportionnelles aux créances de chacun? Marcien décide qu'il s'agit de parts proportionnelles, et Ulpien, dans la loi 3, pr., D. *h. t.*, donne la même solution.

CHAPITRE III.

DES EXCEPTIONS A LA RÈGLE PRIOR TEMPORE POTIOR JURE.

Les exceptions à cette règle se présentent en cas d'hypothèques privilégiées.

Les hypothèques privilégiées sont tacites ou conventionnelles. Il y a hypothèque tacite privilégiée lorsque la loi attache à une créance une hypothèque à laquelle elle donne la qualité de privilégiée. Il y a hypothèque conventionnelle privilégiée lorsque la loi attribue la qualité de privilégiée à une hypothèque née d'une convention.

§ 1^{er}. — Hypothèque de celui qui a prêté de l'argent pour l'acquisition ou la conservation de la chose.

I. Le créancier qui a prêté l'argent pour acquérir la

chose est préféré sur cette chose à tous les autres créanciers de l'acheteur. Ceux-ci n'ont pas à se plaindre, car le prêteur leur dira : « Sans moi, ce bien ne serait pas dans le patrimoine du débiteur et n'aurait pu vous servir de gage (L. 7, C., *Qui pot.*). »

Peu importe que l'objet acheté soit un meuble ou un immeuble ; la loi 3, *Qui pot.* D., dit en effet, d'une manière générale : *Quod si res fuerit comparata.*

Toutefois le créancier dont l'argent a servi à acquérir la chose n'a pas une hypothèque tacite. Il doit avoir soin de s'en faire consentir une ; mais une fois établie, cette hypothèque est de droit privilégiée (L. 3, C., *Qui potiores*, 8, 18).

Il y a une exception à cette règle : dans le cas où les deniers qui ont servi à l'acquisition étaient ceux d'un pupille, une constitution de Sévère et Antonin a décidé que la chose acquise serait tacitement affectée d'une hypothèque pour en assurer le remboursement (L. 3, pr., *De reb. eor.*, D., 29, 9 ; L. 6, C., *De serv. pign. dat.*, 7, 8).

II. De même, celui qui a prêté de l'argent pour conserver le gage, le réparer, est préféré aux autres créanciers ; il a une hypothèque tacite privilégiée, parce que, dit Ulpien, « hujus pecunia salvam fecit totius pignoris causam (L. 5, l. 6, pr., §§ 1, 2, 3, D., *h. t.*). »

Enfin Marc-Aurèle accorda une hypothèque tacite privilégiée à celui qui a prêté de l'argent pour la reconstruction d'une maison (L. 1, *In quib. caus. pign.*, D. 20, 2 ; L. 25, *De reb. cred.*, D., 12, 1).

§ 2. — Hypothèques privilégiées du fisc.

I. *Hypothèque privilégiée du fisc sur les biens du primipilus.* — « Le *primipilus* était un employé chargé de faire rentrer les prestations en nature de denrées destinées à la subsistance de l'armée, et de les faire verser dans les magasins établis à cet effet sur les frontières (1).

Le fisc avait une hypothèque privilégiée portant sur tous les biens du *primipilus* pour la garantie des créances qu'il pourrait avoir contre lui (L. 3, *De primip.*, C., 12, 63). Cette hypothèque privilégiée présente ceci de remarquable, c'est qu'elle s'étend sur tous les biens dotaux de la femme du *primipilus*, et sur les biens des *nomina-tores*, c'est-à-dire des personnes qui avaient désigné le *primipilus* à la nomination de l'autorité. Toutefois, l'hypothèque ne frappera les biens de la femme du *primipilus* qu'autant que les biens du mari et ceux des *nomina-tores* auront été insuffisants pour désintéresser le fisc (L. 4, *In quib. caus.*, C., 8, 15).

II. *Hypothèque privilégiée du fisc pour le recouvrement des impôts arriérés.* — Le fisc a une hypothèque tacite portant sur les biens de ceux qui devaient des impôts. Cette hypothèque est mentionnée par plusieurs textes, notamment par la loi 1^{re}, *In quib. caus pign.*, C., qui porte : *Universa bona eorum qui censentur, vice pignorum, tributis obligata sunt*, et par la loi 1^{re}, *Si propter publicas pensitationes* (C., 4, 46), qui s'exprime ainsi : *Potior est causa tributorum quibus priore loco omnia bona cessantibus obligata sunt.*

(1) Schilling. § 213, traduction de M. Pellat.

C'est en s'appuyant sur ce dernier texte qu'on a prétendu que le fisc n'avait pas, pour ce cas, une hypothèque privilégiée. Il faudrait entendre ces mots *priore loco*, de la priorité *d'après le temps* et non *d'après le droit*, par conséquent de la préférence accordée à cette hypothèque à cause de l'antériorité de son établissement, et non à cause d'un privilège. »

Mais il nous semble que cette opinion est inadmissible en présence des deux lois que nous avons citées. En effet, il résulte de la loi 1, *In quibus caus.*, que le fisc n'a nullement besoin de stipuler cette hypothèque; il l'a de plein droit: c'est une hypothèque tacite. Est-elle privilégiée? Cela nous paraît résulter de la loi 1^{re}, *Si propter public.*, qu'on invoque dans l'opinion contraire: « *Potior ut causa tributorum quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.* » Quel est le sens naturel de ces mots *priore loco*? Évidemment, c'est celui-ci: la cause du fisc est préférable pour les impôts au paiement desquels les biens du redevable sont hypothéqués *en premier rang*. Rien n'indique dans cette phrase que les biens du débiteur ont été affectés au fisc avant de l'être aux autres créanciers.

§ 3. — Hypothèque privilégiée de la femme mariée.

D'après l'ancien droit romain, la femme mariée avait, pour réclamer la restitution de sa dot, l'action *rei uxoriæ*, qui n'était privilégiée qu'à l'encontre des créanciers chirographaires de son mari. Ce n'était là qu'un simple *privilegium inter personales creditores*.

Justinien accorda d'abord à la femme une hypothèque tacite sur tous les biens de son mari (L. un., *De rei uxor.*

act., C., 5, 13). Puis, trouvant sans doute cette garantie insuffisante, il décida ensuite que cette hypothèque générale serait privilégiée (L. 12, C., *Qui pot.*). Toutefois, la femme n'aura cette hypothèque privilégiée qu'autant qu'elle sera orthodoxe (Nov. 109).

Avec cette hypothèque, la femme prime tous les créanciers de son mari, même ceux qui ont obtenu, antérieurement au mariage, des hypothèques conventionnelles. Cependant cette opinion a été contestée : on a prétendu que la femme restait primée par les créanciers ayant hypothèque conventionnelle qui pourraient invoquer la priorité de date. Mais les textes qui ont trait à cette question nous semblent décisifs : Justinien, dans la loi *Assiduis*, dit en effet : « Sancimus potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. » Les Institutes ne distinguent pas non plus entre les divers créanciers du mari : « Præferri illam aliis creditoribus volumus. » Au moyen de son hypothèque privilégiée, la femme passera donc avant tous les créanciers de son mari sans distinction. Nous ne connaissons qu'un seul cas où la femme sera primée par un autre créancier : ce créancier est le fisc qui est préféré, sur les biens du primipile, à la femme de celui-ci (L. 3, *De primipilo*).

§ 4. — Des cas dans lesquels la règle *prior tempore* ne s'appliquait pas sans qu'il y eût pour cela exception à cette règle.

I. Cette règle ne s'applique pas, comme nous l'avons vu, au cas où plusieurs créanciers ont sur les mêmes biens un *pignus prætorium* (L. 5, § 3 et 4, *Ut in poss. lig.*, D., 36, 4).

II. La règle ne s'applique pas non plus dans le cas où

deux créanciers ont reçu successivement hypothèque de deux personnes qui n'étaient pas propriétaires de la chose hypothéquée. La loi 14 de notre titre décide que celui qui est en possession est préféré. Ce n'est pas là une exception à la règle ; car on ne peut pas dire ici que la seconde hypothèque n'a été établie par le constituant que réserve faite de la première, puisque ces deux hypothèques sont nulles ; et si le propriétaire vient ensuite à ratifier, il n'y a pas de raison pour préférer l'une à l'autre.

III. Chez les Romains, il n'y eut aucun système de publicité appliqué aux hypothèques. Le rang hypothécaire des créanciers était déterminé par la date de la naissance de leurs créances ; on n'exigeait pas même que le titre constitutif de l'hypothèque eût date certaine.

Cependant l'empereur Léon décida que l'hypothèque qui serait constatée par un *instrumentum publicum* ou *quasi publicum* serait préférée, eu égard à la date de cet acte, à l'hypothèque qui n'aurait pas été établie par un titre de ce genre. Ce n'est pas là une exception à la règle ; si le créancier dont l'hypothèque est constatée par un acte public est préféré, c'est parce qu'il peut se refuser à reconnaître la prétendue antériorité du créancier dont l'hypothèque est constatée par un acte privé, cet acte ayant pu être antidaté.

L'*instrumentum publicum* est un acte dressé sous l'autorité d'un magistrat ou d'un notaire public, *tabularius* ; l'*instrumentum quasi publicum* est un acte dressé par un particulier et signé par trois témoins jouissant d'une bonne réputation (1).

(1) M. Pellat, traduction de Schilling, § 220.

IV. Notre règle cesse encore de s'appliquer, lorsqu'un créancier qui a la priorité consent à ce que le débiteur hypothèque la chose à un autre créancier ; il est évident alors que son intention a été d'attribuer la préférence sur lui-même. Autrement, cette autorisation n'aurait aucun sens, car le débiteur n'a pas besoin de son consentement pour consentir une seconde ou une troisième hypothèque. Mais dans la loi 12 de notre titre, le jurisconsulte Marcien se demande s'il ne faut pas aller plus loin et dire que le consentement du premier créancier a pour effet de lui faire perdre son hypothèque, et il décide qu'il faudra rechercher quelle a été l'intention des parties.

V. Enfin, notre règle ne s'applique pas en cas de *subpignus*. Il y a *subpignus*, lorsqu'un créancier hypothèque le gage qui lui a été fourni ; ce nouveau créancier aura la préférence sur le premier, car c'est de lui qu'il tient sa garantie : par le *subpignus*, il a acquis tacitement tous les avantages de la priorité. Lorsque le propriétaire de la chose engagée, c'est-à-dire le débiteur primitif acquittera sa dette, Marcien, dans la loi 13, § 2, *De pign. et hyp.*, décide que si l'objet de la dette est une somme d'argent, le second créancier la prendra jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû ; si c'est un corps certain, il pourra le retenir à titre de gage (l. 18, pr., D., *De pign. act.*).

DEUXIÈME PARTIE.

DE LA SUCCESSIO IN LOCUM PRIORIS CREDITORIS.

Dans la législation romaine, les expressions *successio in locum prioris creditoris* désignent les différentes hy-

pothèses dans lesquelles un tiers vient prendre la place du premier créancier.

Notre titre distingue trois cas de *successio* :

1° Celui connu sous le nom de *jus offerendi* ;

2° La *successio* opérée par le débiteur au profit d'un tiers ;

3° La *successio* au profit du tiers détenteur.

Nous y joindrons, à titre de complément :

4° La *successio* qui s'opérait au moyen de la *cessio nominis* ;

5° La *successio* qui pouvait avoir lieu en cas de novation.

§ 1^{er}. — Du *jus offerendæ pecuniæ*.

Le *jus offerendi* ou *jus offerendæ pecuniæ* est le droit, pour un créancier postérieur, de prendre la place du premier créancier hypothécaire, en lui payant ce qui lui est dû. Celui qui a usé de ce droit devient créancier de la somme par lui payée, et le remboursement de cette nouvelle créance lui est assuré par l'hypothèque du premier créancier qu'il a désintéressé, et auquel il succède : *Quum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit* (L. 16, *h. t.*). Mais, pour son ancienne créance, il conserve le rang qu'il avait primitivement.

L'exercice du *jus offerendi*, en faisant acquérir le premier rang au créancier postérieur, lui procure l'avantage de retenir la chose, d'attendre un moment favorable pour la vendre, et d'arriver ainsi à un paiement intégral. Le *jus offerendi* constitue, en quelque sorte, l'efficacité de son hypothèque.

Mais le créancier postérieur ne peut user du *jus offerendi* qu'à la condition d'offrir au créancier premier en rang tout ce qui lui est dû, c'est-à-dire le capital et les intérêts (L. 3, § 1, *De distract.*, D., 20, 5). Si celui-ci refuse de recevoir, l'*offerens* n'a qu'à consigner la somme offerte, et il succède ainsi au premier créancier, malgré lui (L. 11, § 4, D., *h. t.*; L. 1, C., *h. t.*) Et cette *successio* a lieu de plein droit, par le seul effet de la loi, sans qu'il soit besoin de la demander.

Puisque le créancier postérieur, qui a exercé le *jus offerendi*, se trouve substitué au premier, il en résulte qu'il ne pourra réclamer, par l'hypothèque qu'il acquiert, que ce que le premier créancier lui-même aurait pu réclamer; en conséquence, il ne pourra pas demander les intérêts des intérêts qu'il a payés à ce premier créancier (L. 12, § 6, D., *h. t.*; L. 23, *De pign. et hyp.*, C., 8-14).

Le créancier qui avait usé du *jus offerendi* se trouvait-il avoir acquis la créance même, ou seulement l'hypothèque du créancier désintéressé? On comprend l'intérêt de la question: si l'hypothèque seule est acquise, l'*offerens* n'aura pas l'action personnelle du créancier qu'il a payé; or, cette action lui serait d'une grande utilité, au cas où elle serait garantie par des fidéjusseurs ou par des hypothèques portant sur d'autres biens. D'après les textes qui nous sont parvenus, la question ne paraît pas avoir été discutée entre les jurisconsultes romains. Cependant plusieurs interprètes, s'appuyant sur la loi 4, *De his qui in priorum cred.*, C., pensent que l'*offerens* succédait à la créance même du créancier par lui désintéressé. Cette loi porte: « Si prior respublica contraxit, fundusque ei obligatus, tibi secundo creditori offerenti

pecuniam potestas est ut succedas in jus reipublicæ. » Le mot *jus* semble bien, dit-on, indiquer la créance même, et non pas seulement le rang hypothécaire.

Pour nous, il nous semble bien résulter de plusieurs autres textes que le créancier, usant du *jus offerendi*, succédait seulement au rang hypothécaire du créancier désintéressé. Nos anciens auteurs font remarquer avec raison que tous les textes relatifs à notre matière ne disent pas que *secundus creditor succedit in actionem primi, sed in locum primi, id est ordinem hypothecæ*. Ainsi la loi 16 dit : *In locum ejus substituitur*; les mots *succedere in locum* ne signifient pas *succéder aux droits*, car les jurisconsultes s'en servent pour indiquer qu'un créancier, malgré la novation, conserve son rang hypothécaire; or, il est bien certain que le créancier qui a fait novation ne conserve pas son ancienne créance. La loi 11, § 4, ne pose la question que pour l'action hypothécaire : *Videndum est an competat ei hypothecaria actio*. Il résulte de cette loi que le *jus offerendi* peut avoir lieu malgré le refus du premier créancier; alors, dans ce cas, il ne peut être question évidemment d'autre chose que d'une succession au droit hypothécaire; puisque le premier créancier n'a pas été payé, sa créance est par lui conservée. Enfin, nous ferons remarquer que le mot *jus* est une expression dont le sens est assez vague, et qu'il peut désigner tout aussi bien le rang hypothécaire que la créance elle-même.

Mais le créancier qui a exercé le *jus offerendi* n'a-t-il que l'action hypothécaire du premier créancier pour rentrer dans la somme qu'il a payée, ou bien a-t-il une action personnelle pour réclamer cette somme au débi-

teur? Cette action personnelle lui serait très-utile lorsque l'exercice de l'action hypothécaire sera devenu impossible, par exemple, lorsque la chose hypothéquée aura péri. Ne peut-il pas alors réclamer la somme par lui payée, au moyen de l'action *negotiorum gestorum*? La loi 12, § 6, semble la lui refuser : *non enim negotium alterius gessit, sed magis suum*; mais cette loi lui interdit seulement de réclamer par l'action *negotiorum gestorum* les intérêts des intérêts qu'il a payés au premier créancier; et cela se comprend, car ces intérêts n'ont pas profité au débiteur. Mais, en payant le capital et les intérêts au premier créancier, le créancier postérieur a bien fait l'affaire du débiteur : il pourra donc lui réclamer ce capital et les intérêts par l'action *negotiorum gestorum*.

§ 2. — De la *successio* opérée par le débiteur.

Il y a *successio* opérée par le débiteur lorsqu'un tiers, lui prêtant une somme pour désintéresser le premier créancier, à la condition de lui succéder, prend la place de ce premier créancier et prime les créanciers postérieurs.

Pour que le tiers qui prête les deniers prenne la place du premier créancier, il faut qu'il exige expressément que cette *successio* ait lieu à son profit; c'est ce que décident plusieurs textes (L. 12, §§ 8 et 9, D., *h. t.*, L. 3, *Quæ res pign.*, D., 20, 3); la loi 1, au Code, *De his qui in prior.*, notamment, s'exprime ainsi : « Non omnino succedunt in locum hypothecarii creditoris his, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc obser-

vatur, cum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur.»

La *successio* doit être réclamée par le prêteur au moment du paiement, et elle a lieu, dans ce cas, sans que le consentement du créancier soit nécessaire. De plus, il faut que le débiteur qui l'accorde soit encore propriétaire : s'il a aliéné le bien hypothéqué au premier créancier, il ne peut plus faire acquérir au prêteur l'hypothèque de ce premier créancier (L. 2, *De pign. act.*, D., 13, 7).

Quel sera l'effet de la *successio* opérée par le débiteur au profit d'un tiers ? Il est certain que le prêteur dont les deniers ont servi à désintéresser le premier créancier ne succède qu'au rang de celui-ci, et nullement à la créance. En effet, cette créance a été éteinte par le paiement, et on ne trouve pas dans la loi de fiction qui la fasse revivre ; la créance qui a pris naissance au profit du prêteur est une créance nouvelle, à laquelle la loi, par une faveur spéciale, donne seulement le rang hypothécaire de la première. La loi 12, § 8, de notre titre prouve bien qu'il ne s'agit pas d'une succession aux droits et actions, car ils ont été éteints par le paiement ; mais l'hypothèque précédente, rattachée à une créance nouvelle, aura l'avantage de l'emporter sur une autre constituée en second rang pour le cas où le premier créancier serait désintéressé. La loi 1 au Code, *De his qui in prior.*, confirme notre opinion, car elle se sert de l'expression *succedere in locum*, qui prouve bien qu'il s'agit seulement d'une question de rang.

§ 3. — De la *successio* au profit du tiers détenteur.

La vente de la chose hypothéquée faite par le premier

créancier éteint les hypothèques postérieures; mais il n'en est pas de même de la vente faite par le débiteur. On ne comprendrait pas, en effet, que le débiteur pût, en aliénant la chose, faire disparaître les droits réels dont il l'a grevée. L'acheteur recevra donc la chose dans l'état où elle se trouve, et s'il emploie son prix d'acquisition à payer le premier créancier, tous les créanciers postérieurs monteront d'un rang. Toutefois, il eût été injuste que l'acheteur, qui a employé son prix d'acquisition à désintéresser le premier, se vit enlever la chose par un créancier postérieur; aussi on lui accorda le droit de ne payer son prix au premier créancier qu'à la condition de lui succéder; ce qui lui permettra de repousser victorieusement les créanciers postérieurs : « Si posteriores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse tu dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in jus eorum successisti, et contra eos qui inferiores illis fuerunt justa, defensione te tueri potes (L. 3, C., *De his qui in prior.*). »

Mais l'acheteur ne succède-t-il au créancier que s'il a payé sous la condition qu'il lui succéderait? Des auteurs soutiennent que par cela seul que son prix d'acquisition a servi à désintéresser le premier créancier, il lui est subrogé de plein droit.

Remisson, dans son *Traité sur la subrogation* (1), présente cette doctrine comme étant celle du droit romain. Cette opinion s'appuie sur les lois 17, D., *Qui potiores*; 3, C., *De his qui in prior.* Mais nous croyons,

(1) Chap. v, nos 4 et suiv.

avec Pothier, que cette *successio* n'a lieu qu'à la condition d'une mention expresse (1). C'est ce qui nous paraît résulter clairement de la loi 19 de notre titre. Remarquons cependant qu'en cas d'acquisition d'un bien hypothéqué, la mention de la *successio* n'est pas nécessaire si cette acquisition a eu lieu à condition qu'avec le prix le créancier serait désintéressé ; car, en ne contractant qu'à cette condition-là, l'acheteur a clairement manifesté l'intention d'être subrogé. C'est par cette idée que nous expliquons les lois 3, C., *De his qui in prior.*, et 15, D., *Qui pot.*

Mais, comme nous l'avons dit, la vente faite par le débiteur n'éteint pas les hypothèques postérieures, lors même que l'acheteur s'est fait subroger au premier créancier. Les créanciers postérieurs pourront donc déposséder l'acheteur par le *jus offerendi*, en lui remboursant la somme qui a servi à désintéresser le premier créancier, avec les intérêts de cette somme : « Si tamen debitor, non interveniente creditore, pignus vendiderit, ejusque pretium priori creditori solverit, emptori poterit offerri, quod ad alium creditorem de nummis ejus pervenit, et usurae medii temporis ; nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obliget. »

§ 4. — De la *successio* en cas de cession d'actions.

On sait qu'il était de principe, en droit romain, qu'un créancier ne pouvait pas céder sa créance ; mais comme ce principe était trop contraire à l'utilité pratique, les

(1) Pothier, Pandectes, liv. xv, tit. iv, n° 7.

jurisconsultes avaient imaginé un moyen détourné qui permit au créancier, tout en respectant le principe, d'arriver au même résultat que s'il eût vendu sa créance: il donnait mandat à un tiers de poursuivre son débiteur, en le dispensant de rendre compte; en un mot, il le constituait *procurator in rem suam*.

Plus tard, il fut admis qu'un créancier serait obligé, dans certains cas, de céder sa créance par ce moyen détourné à certaines personnes, obligées de le payer, mais qui ne doivent pas supporter la dette définitivement. Ainsi un créancier a un débiteur et des fidéjusseurs; il poursuit l'un des fidéjusseurs; celui-ci peut exiger, avant de payer, que le créancier lui cède ses actions. Cette cession procurera au fidéjusseur deux avantages: 1° il pourra recourir contre le débiteur principal, non plus seulement par l'action *mandati contraria* ou *negotiorum gestorum*, mais par l'action du créancier qui, peut-être, est garantie par des hypothèques; 2° il pourra recourir contre ses cofidéjusseurs, contre lesquels il n'aurait eu aucune action, s'il ne s'était pas fait céder celle du créancier.

Ce droit qu'a le fidéjusseur poursuivi de réclamer du créancier la cession de son action s'appelle *beneficium cedendarum actionum*.

Celui qui s'est ainsi fait céder les actions du créancier prend la place de ce créancier. Cette *successio* est fondée sur une cession fictive de créance dans l'intérêt du fidéjusseur. En vain objecterait-on que le paiement fait par lui a éteint la créance, libéré tous les obligés, et que, dès lors, le créancier n'ayant plus de droit ne peut pas en céder; cette objection est prévue et détruite par

le jurisconsulte Paul, dans la loi 36, *De fidejussoribus*, D., 46, 1 : « Cum is, qui et reum et fidejussores habens, ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia præstat actiones : poterit quidam dici nullas jam esse, cum suum perceperit, et perceptione omnes liberati sunt ; sed non ita est. Non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit ; et ideo habet actiones, quia tenetur ad ipsum, ut præstet actiones. » Ainsi, d'après cette loi, il y a une fiction légale de non payement de la créance, qui a été en quelque sorte vendue par le créancier. Ce n'est pas un payement, mais le prix d'un mandat donné par le créancier.

Le tiers détenteur de la chose hypothéquée qui, pour ne pas être évincé, est obligé de payer le premier créancier hypothécaire, peut aussi exiger de lui la cession d'actions, comme nous l'avons dit (L. 19, D., h. t.).

§ 5. — De la *successio* en cas de novation.

La novation est l'extinction d'une dette par la création d'une nouvelle dette qui remplace la première (L. 1, pr., *De nov.*, D., 46, 2).

Par la novation, l'obligation primitive étant éteinte, tous les accessoires qui la garantissent s'éteignent avec elle. Mais serait-il possible de rattacher, par une convention, à la nouvelle obligation l'hypothèque qui garantissait l'ancienne ? Nous allons examiner cette question dans les trois cas suivants : 1° novation par changement d'objet dû ; 2° novation par changement de créancier ; 3° novation par changement de débiteur.

I. *Novation par changement d'objet dû.* — Le créan-

cier, en faisant novation avec son débiteur, peut, par une convention spéciale, réserver pour la nouvelle créance l'hypothèque qui garantissait l'ancienne. C'est ce que décide Ulpien : « Novata debiti obligatio pignus perimit, nisi convenit ut pignus repetatur (L. 11, § 1, *De pig. act.*, D., 13). » Les textes disent alors que le créancier se succède à lui-même. Il conserve son hypothèque à son rang primitif, comme nous le voyons dans la loi 3 de notre titre : *Creditor, acceptis pignoribus, quæ secunda conventionem secundus creditor accepit, novatione postea facta pignora prioribus addidit : superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti*. Mais le créancier ne peut ainsi réserver son hypothèque que pour le montant de sa créance primitive (L. 12, *h. t.*).

II. *Novation par changement de créancier.* — Ici encore l'hypothèque peut être réservée à sa date primitive au profit du nouveau créancier, pourvu que le débiteur y consente.

III. *Novation par changement de débiteur.* — Lorsque la novation s'opère par changement de débiteur, l'hypothèque attachée à l'ancienne créance ne peut être réservée sur les biens du débiteur primitif qu'avec son consentement. Pothier, pour soutenir que telle était la règle du droit romain, s'appuyait sur la loi 36, *De novat.* : *Paulus respondit, si creditor a Sempronio, animo novandi, stipulatus esset, ita ut a prima obligatione in universum discederetur, rursus eadem res a posteriore debitore, sine consensu debitoris prioris obligari non posse*. Mais il est évident que notre règle ne ressort pas du texte cité ; en effet, le jurisconsulte suppose que le créancier a

fait novation avec le nouveau débiteur, de manière que la première obligation fût complètement éteinte; or, si cette première obligation est complètement éteinte, l'hypothèque qui la garantissait est éteinte aussi: il ne peut donc plus être question de réserver cette hypothèque, mais d'en établir une nouvelle sur les mêmes biens, et cette nouvelle hypothèque ne peut être établie que par le propriétaire, c'est-à-dire par l'ancien débiteur.

Mais, si Pothier s'est trompé en invoquant un texte qui n'a rien à faire dans la question, il n'en est pas moins vrai qu'en cas de novation par changement de débiteur, l'hypothèque de la première obligation ne peut être réservée pour garantir la nouvelle qu'avec le consentement du débiteur primitif. C'est ce qu'a démontré M. Demangeat, dans son *Traité des obligations solidaires*. « La théorie romaine, dit M. Demangeat, est bien que l'hypothèque sera nécessairement éteinte par la novation, si le propriétaire ne consent pas à ce que sa chose reste tenue même après que sa personne sera libérée. C'est ce qui me paraît ressortir avec évidence d'une constitution célèbre de Gordien, qui forme la loi 1, C., *Etiam ob chirograph. pec.* (8. 27): *Pignus intercedit*, dit l'empereur, en s'adressant au créancier, *si novatione facta in alium jus obligationis transtulisti, nec ut ea res pignoris nomine teneretur tibi cautum est. Quod si pactum inter eumque, qui postea dominus fraudi constitutus, novam obligationem suscepit, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris teneretur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem*. Ce rescrit prouve que la réserve du droit d'hypothèque

convenue simplement entre le créancier et le nouveau débiteur n'est efficace que dans le cas particulier où ce nouveau débiteur est devenu propriétaire de la chose affectée.

Il reste à nous demander comment on peut expliquer cette théorie romaine. Si pour novver l'obligation il était possible d'employer, au lieu d'une stipulation, un simple pacte, rien ne s'opposerait à ce que l'hypothèque pût être réservée, même sans le consentement de l'ancien débiteur. Mais la novation, s'opérant au moyen d'une stipulation, a des effets absolus, comme l'*acceptilatio*. Donc, au cas de novation, tout ce que l'on accorde, c'est que l'ancien débiteur pourra, non pas seulement constituer une hypothèque nouvelle pour sûreté de la nouvelle obligation, mais même empêcher l'extinction de l'ancienne hypothèque, *tanquam in suum locum succedente creditore*: l'*expromissio* qui a lieu à l'insu du débiteur primitif a nécessairement pour effet de dégrever le bien qu'il avait hypothéqué (1). »

(1) M. Demangeat, Des Obligations solidaires, en droit romain.

DROIT FRANÇAIS.

DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE.

CHAPITRE I^{er}.

ORIGINE DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE.

Quelques auteurs ont prétendu que l'hypothèque judiciaire avait son origine dans le *pignus judiciale*, ou dans le *pignus prætorium* des Romains. Nous avons déjà donné quelques détails sur ces deux institutions, dans la partie de notre thèse consacrée au droit romain ; il suffira de rappeler ici quelques-uns de leurs caractères, pour faire voir que ce ne sont pas ces deux institutions qui ont donné naissance à notre hypothèque judiciaire.

Et d'abord pour le *pignus judiciale*, s'il conférait un droit de préférence au créancier qui l'avait obtenu, de même que notre hypothèque judiciaire, il ne résultait pas du jugement lui-même, mais d'un décret du magis-

trat chargé de faire exécuter la sentence du juge; chez nous, au contraire, l'hypothèque judiciaire résulte du jugement lui-même. Le droit de préférence résultant du *pignus judiciaire* ne datait que du jour de la saisie opérée, et non pas du jour du décret: l'hypothèque judiciaire prend rang du jour de son inscription. Enfin le *pignus judiciaire* était spécial, c'est-à-dire que les *apparitores* chargés d'opérer la saisie ne devaient s'emparer que d'un certain nombre d'objets d'une valeur suffisante pour payer la somme due. L'hypothèque judiciaire est générale: elle porte sur tous les biens présents et à venir du débiteur.

Quant au *pignus prætorium* proprement dit, il ressemble moins encore à notre hypothèque judiciaire. En effet, il ne donne aucun droit de préférence au créancier qui, le premier l'a obtenu, à l'encontre des autres créanciers qui pouvaient aussi le demander et l'obtenir jusqu'à la vente des biens du débiteur. Chez nous, au contraire, le créancier qui le premier aura fait inscrire son hypothèque judiciaire primera ceux qui n'auront pris inscription qu'après lui.

Il faut donc renoncer à trouver l'origine de l'hypothèque judiciaire en droit romain. Nous la trouverons dans notre ancien droit français.

Dans le premier état de notre ancien droit, l'hypothèque judiciaire était inconnue. Le créancier qui avait obtenu un jugement de condamnation pouvait acquérir sur les biens du débiteur, au moyen d'une saisie, un droit de préférence, appelé *pignus judiciaire* comme en droit romain. C'est ce que nous apprend Pothier: « Le créancier qui, le premier, saisit ou arrête les effets du

débiteur, acquiert sur les effets saisis ou arrêtés un droit de gage judiciaire, *pignus judiciaire*, qui le rend, sur lesdits effets, préférable aux autres créanciers (1). »

Mais avec le temps, il s'introduisit une règle nouvelle : il fut admis que tout acte notarié, constatant une obligation, emporterait hypothèque sur les biens présents et à venir du débiteur. Une fois qu'on se fut ainsi habitué à considérer l'authenticité d'un acte comme devant avoir pour conséquence d'emporter hypothèque, il eût été illogique de ne pas faire résulter également cette hypothèque des actes judiciaires, qui sont tout aussi authentiques que les actes notariés. Aussi, lorsqu'en 1510 fut rédigée la coutume de Paris, l'art. 38 de cette coutume décida que « une cédule privée, qui porte obligation de payer, emporte hypothèque du jour de la confession d'icelle en jugement. » En 1539, l'ordonnance de Villers-Cotterets vint étendre cette règle à toute la France, en décidant que les reconnaissances de dettes opérées en justice emporteraient hypothèque générale, à partir du jour où l'écrit aurait été reconnu ou qu'un jugement l'aurait tenu pour reconnu.

Enfin, on pensa sans doute que les jugements ne pouvaient pas être de moindre condition que les actes judiciaires, car l'ordonnance de Moulins décida en 1566 qu'ils emporteraient hypothèque. L'art. 35 de cette ordonnance est ainsi conçu : « Dès lors et à l'instant de la condamnation donnée en dernier ressort, et du jour de la prononciation, sera acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens du condamné pour l'effet et exécu-

(1) Remarques sur l'art. 441 de la coutume d'Orléans.

tion du jugement ou arrêt sur lui obtenu. » Aux termes de cet article, le jugement n'emportait hypothèque qu'autant qu'il était en dernier ressort; mais une déclaration du roi de la même année 1566 décida que « l'hypothèque aura lieu et effet du jour de la sentence, si elle est confirmée par arrêt, ou quo d'icelle il n'y ait appel. »

En ce qui concerne les jugements par défaut, l'ordonnance de 1667, au titre des requêtes (art. 9) décida que « les jugements par défaut n'emporteraient hypothèque que du jour de la signification à procureur. »

Ainsi, on le voit, dans notre ancien droit, l'hypothèque judiciaire résulta de cette idée que tout acte authentique emportait hypothèque.

L'hypothèque judiciaire fut maintenue par le droit intermédiaire. La loi du 9 messidor an III portait, en effet, dans une section consacrée à notre matière : « Art. 10. Il résulte, en faveur du créancier, hypothèque sur les biens présents et à venir de son débiteur, contre lequel il est intervenu un jugement de reconnaissance, d'écrit privé ou de condamnation, soit une sentence arbitrale rendue exécutoire.

« Art. 11. Néanmoins les jugements rendus dans les dix jours antérieurs à la faillite, banqueroute ou cessation publique des paiements d'un commerçant, ne sont point susceptibles d'hypothèque.

« Art. 12. Ne sont pareillement susceptibles d'aucune hypothèque les condamnations obtenues contre l'hérédité acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou le curateur à la succession vacante. »

La loi du 11 brumaire an VII contenait sur l'hypothèque judiciaire les dispositions suivantes :

« Art. 3. L'hypothèque existe, mais à la charge de l'inscription : 1° pour une créance consentie par acte notarié; 2° pour celle résultant d'une condamnation judiciaire; 3° pour celle qui résulte d'un acte privé dont la signature aura été reconnue ou déclarée telle par un jugement.

« Art. 4. L'hypothèque judiciaire ne peut affecter que les biens appartenant au débiteur lors du jugement. »

L'art. 5 était applicable à l'hypothèque judiciaire : « L'inscription qui sera faite dans les dix jours avant la faillite, banqueroute ou cessation publique de paiements d'un débiteur ne confère point hypothèque. »

Enfin, l'hypothèque judiciaire a été maintenue par le Code civil, qui lui a même rendu le caractère de généralité qui lui avait été donné par notre ancienne jurisprudence, et par la loi de messidor an III, mais que lui avait enlevé la loi de brumaire an VII.

CHAPITRE II.

SOURCES DE L'HYPOTHEQUE JUDICIAIRE.

D'après les art. 2117 et 2123 du Code civil, l'hypothèque judiciaire résulte : 1° des jugements; 2° des actes judiciaires; 3° des décisions arbitrales revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution; 4° des jugements rendus en pays étrangers, pourvu qu'ils aient été déclarés exécutoires par un tribunal français.

SECTION I.

Des jugements.

L'art. 2123 porte : « L'hypothèque judiciaire résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. »

Le mot jugement doit être pris ici dans son sens technique ; il désigne une décision prononcée par un tribunal sur une contestation qui lui a été soumise. Notons de suite qu'il n'y a pas à distinguer la forme des jugements ; qu'ils soient contradictoires ou par défaut, définitifs ou provisoires, peu importe.

Mais tout jugement emporte-t-il hypothèque ? Nous pensons que deux conditions sont nécessaires pour qu'un jugement emporte hypothèque ; il faut : 1° que le jugement constate l'existence d'une obligation ; 2° que cette obligation existe à titre de condamnation.

Quant à la première condition, il est évident que l'hypothèque, pour présenter de l'utilité, ne peut résulter que des jugements constatant l'existence d'une obligation ; car elle ne peut se concevoir qu'autant qu'elle est attachée à une obligation, dont elle est destinée à assurer l'exécution. Quant à la seconde condition, on n'est pas d'accord. Des auteurs (1) ont soutenu, et la jurisprudence décide qu'il suffit que le jugement contienne le *germe* ou le *principe* d'une obligation qui pourra un jour prendre

(1) M. Pont., Priv. et hyp., n° 874.

naissance. Mais nous croyons que cette extension exorbitante donnée à l'hypothèque judiciaire est contraire à la loi. En effet, l'ordonnance de Moulins exigeait une condamnation. Les lois de messidor an III et de brumaire an VII exigeaient aussi une condamnation. Les rédacteurs du Code civil auraient-ils innové? Rien ne le démontre. Au contraire, le texte de l'art. 2123 semble plutôt confirmer notre opinion : « L'hypothèque judiciaire résulte des jugements *en faveur de celui qui les a obtenus*. Ces mots supposent bien qu'à la suite d'une contestation, il y a eu un vainqueur et un vaincu, et que le jugement a terminé le débat en condamnant la prétention qui n'était pas fondée.

Il n'y a pas à distinguer si l'obligation constatée par le jugement a pour objet une somme d'argent ou autre chose, ou un fait à exécuter ou une abstention ; dans tous ces cas, il y aura hypothèque judiciaire.

Peu importe aussi la juridiction de laquelle émane le jugement de condamnation : tribunaux civils d'arrondissement, cours d'appel, justices de paix, tribunaux de commerce, tribunaux administratifs. L'hypothèque résulte même des tribunaux criminels prononçant une condamnation pécuniaire.

Cependant, quant aux juges de paix, il y a une distinction à faire : lorsque le juge de paix prononce comme juge sur une contestation qui lui est soumise, sa décision emporte hypothèque ; au contraire, lorsqu'il siège comme conciliateur, il ne prononce pas de condamnation, il ne fait que constater l'accord des parties, et son procès-verbal de conciliation n'emporte pas hypothèque.

Ces principes étant posés, nous allons examiner

quelques hypothèses dans lesquelles se présentent des difficultés.

Les jugements rendus avant faire droit, appelés *préparatoires* ou *interlocutoires* n'emportent pas hypothèque, parce qu'ils ne prononcent pas de condamnation. Au contraire, le jugement rendu avant faire droit, qualifié de *provisoire*, contenant une condamnation, emportera hypothèque.

Le jugement qui condamne une personne à rendre compte emporte hypothèque pour garantir le paiement des dommages-intérêts auxquels donnera lieu l'inexécution de l'obligation de faire à laquelle elle est condamnée (art. 534 C. proc.) Mais nous n'irons pas jusqu'à dire que le jugement qui ordonne une reddition de compte emporte hypothèque pour garantir le paiement du reliquat dont pourra être tenu le rendant compte; cela est si vrai, qu'il pourra très-bien se faire que le rendant compte ne se trouve débiteur d'aucun reliquat.

L'hypothèque n'est pas attachée non plus au jugement qui ordonne le règlement d'un mémoire d'ouvrier, parce qu'ici encore il n'y a pas condamnation au paiement de la somme dont l'ouvrier pourra se trouver créancier.

Nous en dirons autant de la décision d'un tribunal qui désigne une personne pour administrer les biens d'une autre, par exemple, qui nomme un curateur à une succession vacante, ou un administrateur aux biens d'un présumé absent. Il est clair, en effet, que cette décision ne prononce aucune condamnation contre l'administrateur; il est possible que sa mauvaise gestion le rende responsable plus tard; mais actuellement, en vertu du jugement, il n'est pas débiteur; il n'est pas même en-

core tenu de l'obligation de bien administrer et de rendre compte : cette obligation ne résultera que de son acceptation. Enfin, nous pouvons invoquer, à l'appui de notre opinion, l'art. 34 de la loi du 30 juin 1836 *sur les aliénés*, « d'après lequel le jugement qui nomme un administrateur à l'aliéné non interdit *peut*, en même temps, constituer sur les biens de cet administrateur, pour sûreté de la gestion, une hypothèque *générale* ou *spéciale*, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée ; car, si l'hypothèque générale provenait des jugements qui nomment les administrateurs, la loi de 1838, loin d'accorder une garantie nouvelle aux incapables qu'elle a voulu protéger, les priverait d'un bénéfice que le droit commun assure aux personnes capables, dont les biens sont administrés par suite de décisions judiciaires. Ce résultat serait contraire et à la justice et à l'esprit qui a dicté les dispositions protectrices de la loi de 1838 (1). »

La soumission faite par une caution au greffe du tribunal n'emporte pas hypothèque judiciaire. On a cependant soutenu le contraire en argumentant de l'art. 519 du Code de procédure, d'après lequel l'acte de soumission reçu au greffe est exécutoire sans jugement, même pour la contrainte par corps. Alors, dit-on, puisque la contrainte par corps peut être exercée dans ce cas, il doit y avoir un titre équivalent à un jugement. Ce raisonnement doit être rejeté, parce qu'il arrive à une conséquence forcée : de ce qu'un acte est exécutoire, il n'en résulte pas qu'il emporte hypothèque ; aujourd'hui, les

(1) Valette, Rev. de droit fr. et étr.

actes notariés sont bien exécutoires, et cependant ils n'emportent pas hypothèque.

De même l'hypothèque judiciaire n'est pas établie sur les biens d'une caution par le jugement qui ordonne au débiteur de la fournir. Nous en dirons autant pour le cas où une caution, ayant été refusée par le créancier, a ensuite été admise par un jugement. Dans ces deux cas, il n'y a pas de condamnation : la caution n'est pas obligée en vertu du jugement; elle ne le sera que par la soumission qu'elle fera plus tard, soit à l'amiable, soit au greffe.

Tout ce qu'on peut admettre, c'est que le jugement qui ordonne à un débiteur de fournir une caution grève de l'hypothèque judiciaire les biens, non pas de la caution, mais du débiteur, car ce jugement lui impose une obligation, et nous avons dit que toute obligation résultant d'un jugement est garantie par une hypothèque; mais cette hypothèque n'assure que le paiement des dommages-intérêts auxquels le débiteur sera condamné, s'il ne fournit pas la caution. Remarquons toutefois que tout jugement qui ordonne de fournir une caution n'emporte pas nécessairement hypothèque; ce qui aura lieu lorsque l'obligation de fournir caution ne doit pas se résoudre en dommages-intérêts en cas d'inexécution; par exemple, le jugement déclaré exécutoire provisoirement, moyennant caution, n'emporte pas hypothèque; la caution n'étant pas fournie, la conséquence sera simplement le retard dans l'exécution.

Le jugement d'adjudication sur saisie immobilière n'emporte pas hypothèque, car il ne prononce aucune condamnation.

Le jugement qui ordonne de conserver des biens jus-

qu'à ce qu'une liquidation soit faite entre les parties, emporte hypothèque judiciaire ; il résulte, en effet de ce jugement une obligation de ne pas faire qui se résoudra en dommages-intérêts en cas de contravention. L'hypothèque garantit seulement le paiement de ces dommages-intérêts ; aussi s'éteindra-t-elle dès qu'il sera certain qu'il n'y a pas eu de contravention et qu'il ne peut pas y en avoir.

Que décider quant au jugement qui, sur une opposition à des actes d'exécution, tels qu'une saisie ou une contrainte par corps, ordonne que les poursuites seront continuées ? Une distinction nous paraît nécessaire. Si l'opposant ne conteste pas l'obligation principale, mais allègue seulement une irrégularité de procédure, alors le jugement qui, tout en rejetant les causes de nullité invoquées, ordonnera la continuation des poursuites, n'emportera pas hypothèque, parce qu'il ne contient aucune condamnation ; mais si l'obligation qui a donné lieu aux poursuites étant contestée, le jugement la reconnaît valable, et ordonne, en conséquence, la continuation des poursuites, alors ce jugement emportera hypothèque, parce qu'il constate l'existence d'une dette et prononce une condamnation.

Un créancier porteur d'un titre exécutoire peut-il assigner son débiteur, et demander contre lui une condamnation de laquelle résultera une hypothèque judiciaire ? On peut admettre l'affirmative, parce que le créancier désire peut-être ne pas employer la voie rigoureuse de la saisie, l'hypothèque lui paraissant suffisante pour le garantir des ventes à l'amiable que pourra faire le débiteur, ou des saisies qui pourront être prati-

quées par d'autres créanciers. Cependant, la jurisprudence se prononce pour la négative, si ce n'est dans des cas exceptionnels, par exemple, si le titre exécutoire est susceptible d'être contesté, ou s'il n'y a pas d'autre moyen de faire courir les intérêts moratoires.

Que décider au cas où une personne ayant promis, par acte sous seing privé, à son créancier de lui constituer une hypothèque, et refusant ensuite de remplir sa promesse, un jugement venait la condamner à fournir sur tel immeuble l'hypothèque convenue? Ce jugement emportera hypothèque sur tous les biens des débiteurs; mais cette hypothèque disparaîtra aussitôt que l'hypothèque spéciale aura été constituée, et que, par suite, l'obligation de la constituer se trouvera éteinte.

Le jugement obtenu par un créancier contre la succession de son débiteur emporte-t-il hypothèque? Il faut distinguer : si la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire ou si elle reste vacante, un créancier du défunt ne pourra obtenir hypothèque contre elle; en effet, l'héritier bénéficiaire et le curateur n'auraient pas le pouvoir de grever la succession d'hypothèques conventionnelles; le jugement obtenu contre eux ne saurait avoir plus de puissance. Du reste, l'acceptation bénéficiaire et la vacance font présumer la déconfiture; or, il est de règle, dans ce cas, qu'un créancier ne peut acquérir à son profit des sûretés qui nuiraient aux autres créanciers.

Au contraire, si la succession a été acceptée purement et simplement, les biens du défunt se sont confondus avec ceux de l'héritier, qui devient personnellement tenu des dettes du défunt, et le jugement obtenu contre lui

grèvera de l'hypothèque judiciaire non-seulement les biens de la succession, mais encore ses biens personnels. Cependant, en cas de séparation des patrimoines, nous pensons que le jugement obtenu contre l'héritier par un créancier du défunt ne grèverait de l'hypothèque judiciaire que les biens de l'héritier et non pas ceux de la succession, car les autres créanciers du défunt peuvent soutenir que la succession ne doit pas être plus grevée après le décès du débiteur qu'elle ne l'était avant.

SECTION II.

Des actes judiciaires.

L'acte judiciaire est la constatation d'un fait par un tribunal. Le Code a attaché la garantie hypothécaire aux actes judiciaires comme aux jugements ; mais tout acte judiciaire emporte-t-il hypothèque ? On pourrait répondre affirmativement si l'on s'en tenait au texte de l'article 2117, qui porte : « L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou *actes judiciaires*. » Mais la généralité de cette disposition se trouve restreinte par l'art. 2123, qui n'attache la garantie hypothécaire qu'à une seule espèce d'actes judiciaires, à ceux qui constatent « des reconnaissances ou vérifications faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé. » Voici l'hypothèse prévue : un créancier ayant un droit conditionnel ou à terme constaté par un acte sous seing privé et craignant de voir disparaître ses moyens de preuve, assigne son débiteur en reconnaissance d'écriture, afin qu'une fois reconnu ou vé-

rifié, son titre ne puisse plus être attaqué que par l'inscription de faux. Si le débiteur désavoue l'écriture ou la signature, ou bien ne reconnaît pas celle qui est attribuée à son auteur, il y a lieu à vérification. Si le juge reconnaît que l'écriture émane du défendeur, il y a un jugement de vérification qui emporte hypothèque. Si le défendeur reconnaît l'écriture, le juge donne acte de cette reconnaissance, et il y a là un acte judiciaire qui emporte hypothèque.

Ce ne sont pas les rédacteurs du Code qui ont attaché, pour la première fois, la force hypothécaire aux actes judiciaires. L'usage s'était introduit dans notre ancienne jurisprudence de faire reconnaître en justice les actes sous seing privé. Cet usage fut consacré par l'ordonnance de 1539. Pothier nous apprend que, lors même que la dette était échue, le créancier qui demandait son paiement devait conclure à la reconnaissance de l'écrit.

Il résulte de l'art. 2123 que le créancier porteur d'un titre sous seing privé peut se procurer une hypothèque générale sur les biens de son débiteur, même avant l'échéance du terme ou la condition. Ce résultat a été critiqué avec raison. Voici un homme qui emprunte une somme d'argent; son prêteur n'exige de lui aucune garantie; peut-être même n'eût-il pas emprunté s'il avait dû consentir une hypothèque. Le lendemain, son créancier l'assigne en reconnaissance d'écriture; le débiteur la reconnaît, et cet aveu frappe d'une hypothèque tous ses biens présents et à venir! Le débiteur, qui a peut-être refusé de consentir une hypothèque, voit ses biens grevés d'une hypothèque qu'il n'aurait même pas pu établir, car elle est générale. C'est là un souvenir malheu-

reux de cette règle de notre ancien droit, d'après laquelle tout acte exécutoire, jugement, acte notarié ou acte judiciaire, emportait hypothèque générale.

Cependant une loi du 3 septembre 1807 vint restreindre le droit du créancier par une disposition que le tribunal avait proposé d'insérer, mais qui n'avait pas été agréée par le conseil d'Etat.

L'art. 1^{er} de cette loi porte : « Lorsqu'il aura été rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, il ne pourra être prise aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, qu'à défaut de paiement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire. »

Ce n'est là qu'une amélioration qui laisse subsister en partie l'inconvénient qu'il aurait fallu détruire. Bien mieux, la loi de 1807 permet aux parties de convenir que l'inscription pourra être prise avant l'échéance ; ce qui leur donne un moyen d'établir, par convention, une hypothèque générale contrairement à la prohibition de l'art. 2129.

Remarquons que, d'après cette loi, le créancier porteur d'un titre sous seing privé se trouve mieux traité que le créancier dont le droit est constaté par un acte authentique. Le premier peut, en faisant reconnaître son titre à l'avance, prendre inscription dès le lendemain de l'échéance de sa créance, tandis que le créancier muni d'un titre authentique devra attendre l'exigibilité de sa créance pour assigner son débiteur, et ne pourra prendre

inscription qu'après avoir obtenu un jugement de condamnation.

Devant quelle juridiction la reconnaissance d'écriture privée doit-elle avoir lieu pour produire l'hypothèque ? Dans l'ancien droit, il était de règle que les reconnaissances d'écriture pouvaient être faites devant toutes les juridictions, excepté les juridictions ecclésiastiques. C'était une conséquence de ce principe que tout acte authentique emportait hypothèque ; alors la reconnaissance faite devant un juge quelconque donnait à l'acte un caractère d'authenticité suffisant pour emporter hypothèque. Aujourd'hui, ce principe ayant disparu, nous pensons que la reconnaissance, pour emporter hypothèque, doit être faite devant le juge compétent pour condamner le débiteur à exécuter l'obligation.

SECTION III.

Des sentences arbitrales.

D'après l'art. 2123, « les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution. » Cette règle est reproduite de notre ancien droit, d'après lequel la sentence arbitrale n'avait ni force exécutoire, ni force hypothécaire. Le motif de cette règle est que les arbitres, tenant leur pouvoir de juger de la seule volonté des parties, n'ont pas le droit de donner des ordres aux agents de la force publique, à l'effet de faire exécuter leur sentence. Ce droit ne peut appartenir qu'aux magistrats qui en ont été investis par le souverain.

Ainsi, l'hypothèque n'existera, en vertu d'une sentence

arbitrale, que du jour de l'ordonnance d'exécution rendue par le président du tribunal d'arrondissement, ou par le président de la cour d'appel (art. 1020, C. pr.). Mais l'inscription pourra être prise dès que l'ordonnance aura été rendue, lors même qu'il y aurait appel.

SECTION IV.

Des jugements rendus par des tribunaux étrangers.

En ce qui concerne l'hypothèque résultant des jugements étrangers, l'art. 2123 s'exprime ainsi : « L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités. »

Nous remarquerons, d'abord, que le texte de cette disposition parle des *jugements rendus en pays étranger* ; mais il est évident que cette disposition ne s'applique qu'aux jugements rendus par les tribunaux étrangers et nullement aux jugements rendus en pays étranger par les consuls français. Il y a là, dans l'art. 2123, une petite inexactitude qui a été évitée dans la rédaction de l'article 546 Code de procédure, qui porte : « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne seront susceptibles d'exécution, en France, que de la manière et dans les cas prévus par l'art. 2123 du Code civil. »

Nous remarquerons, en second lieu, que s'il existe, entre la France et certains pays étrangers, des traités qui déterminent les effets que les jugements étrangers

auront en France, il faudra les suivre. De même, s'il y a des lois politiques françaises qui indiquent les effets que les jugements étrangers produiront en France, on devra les appliquer.

En l'absence de lois politiques et de traités, les jugements rendus par les tribunaux étrangers n'emportent hypothèque qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français. Les jugements étrangers n'ont pas force exécutoire en France, parce que les tribunaux étrangers n'ont pas le droit de donner des ordres aux agents de la force publique française : ce droit n'appartient qu'au souverain français.

Mais comment se fait-il que la force hypothécaire de ces jugements soit subordonnée à leur force exécutoire ? Ceci se comprenait très-bien dans notre ancienne jurisprudence, d'après laquelle la force hypothécaire était intimement liée à la force exécutoire. Mais, aujourd'hui, la distinction entre la force exécutoire et la force hypothécaire étant nettement établie, la disposition de l'article 2123 se comprend moins. Cependant, on peut la justifier en disant que l'hypothèque devait avoir pour effet de permettre au créancier d'employer plus tard les voies d'exécution ; cet effet ne peut résulter des décisions rendues par des tribunaux étrangers sans violer la souveraineté française.

Quelle est précisément la mission du tribunal français ? Doit-il tenir pour vrai ce qui a été jugé par le tribunal étranger, ou bien peut-il examiner de nouveau l'affaire et reviser le jugement étranger ? Sur cette question, trois systèmes se sont produits.

1^{er} Système. Il faut distinguer : le jugement rendu par

un tribunal étranger contre des étrangers ne peut pas être revisé par le tribunal français ; mais il peut l'être s'il a été rendu contre des Français.

2^e Système. Le tribunal français peut toujours reviser le jugement étranger.

3^e Système. Le tribunal français ne peut jamais reviser le jugement du tribunal étranger.

Comme nous préférons le premier système, nous allons l'exposer en premier lieu ; nous essayerons ensuite de réfuter les deux autres.

1^{er} Système. Il se fonde sur l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, ainsi conçu : « Les jugements rendus, contrats et obligations reçus es royaumes et souverainetés étrangers, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre royaume.

Ainsi tiendront les contrats lieu de simples promesses ; et, nonobstant les jugements, nos sujets, contre lesquels ils auront été rendus, pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par-devant nos officiers.

Ainsi cet article contient deux dispositions : la première décide que les jugements étrangers n'ont, en France, ni force exécutoire ni force hypothécaire ; la seconde décide que les jugements étrangers, rendus contre des Français, n'ont pas, en France, force de chose jugée. C'est bien dire qu'ils ont cette force, s'ils ont été rendus contre des étrangers.

Du reste, ce texte ne fait que consacrer, en faveur des sujets français, un droit reconnu depuis longtemps avant l'ordonnance de 1629, puisque d'anciens arrêts avaient

jugé en ce sens, comme le rapporte Choppin (1). Il est vrai que l'ordonnance fut vivement critiquée, et que plusieurs parlements refusèrent de l'enregistrer; cependant plusieurs jurisconsultes admirèrent la doctrine de l'ordonnance. L'art. 121 fut appliqué par les tribunaux, pendant l'époque du droit intermédiaire. Les rédacteurs du Code ne s'étant pas expliqués sur la question qui nous occupe, il est à présumer qu'ils ont entendu suivre les traditions de l'ancien droit. C'est l'opinion de Malleville, qui s'exprime ainsi : « La quatrième partie de l'art. 2123 est conforme à l'ordonnance de 1629, art. 121, et à la jurisprudence générale. »

Enfin, ce système nous paraît conforme à l'art. 14 du Code civil, qui permet au Français d'assigner l'étranger devant un tribunal français, par exception à la règle *actor sequitur forum rei*; cette disposition a été faite dans un sentiment de défiance à l'égard des justices étrangères. De même le législateur refuse l'autorité de la chose jugée au jugement étranger qui a condamné un Français, parce qu'il présume que les droits de celui-ci ont été sacrifiés,

2^e *Système*. Il s'appuie sur le principe de l'indépendance des nations : le pouvoir étranger expire à nos frontières; l'organisation de nos tribunaux exige que le jugement soit révisé. En effet, l'art. 2123 suppose bien que le jugement sera examiné par le tribunal français : or, que font les tribunaux français? Ils rendent des décisions. Ils doivent donc réviser le jugement étranger au fond. La preuve que telle est la pensée du législateur,

(1) Sur la coutume d'Anjou, l. 3, c. 7, t. 3, nos 11 et 12.

c'est que l'art. 2123 ne confie pas au président seul la mission de rendre ces jugements exécutoires ; il en charge le tribunal entier : disposition incompréhensible, s'il ne s'agissait que de donner un simple visa.

A ces objections, on peut répondre que l'intervention du tribunal entier exigée par l'art. 1123 se comprend très-bien, sans que le législateur ait voulu lui donner la mission de reviser le jugement étranger. En effet, le tribunal français aura à examiner si le jugement qu'on lui demande de rendre exécutoire a bien force de chose jugée d'après la législation du pays où il a été rendu, question qui nécessite la connaissance de cette législation ; enfin, si ce jugement ne contient rien de contraire à l'ordre public français. Ce sont là des questions assez graves pour mériter d'être examinées par le tribunal entier.

3^e *Système*. Pour démontrer que le tribunal français ne peut jamais reviser le jugement étranger, on soutient dans ce système que la partie de l'ordonnance relative à la protection accordée aux sujets français est aujourd'hui abrogée ; que cette abrogation résulte de la combinaison des art. 2123, Cod. civ., 546, C., pr., avec l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII. Mais on peut répondre que les art. 2123 et 546 n'ont pas statué sur l'objet de la seconde disposition de l'ordonnance de 1629 : l'art. 2123 ne concerne que l'hypothèque, l'art. 546 ne parle que de l'exécution. Quant à l'autorité de la chose jugée, qui peut résulter des jugements étrangers, ni le Code civil, ni le Code de procédure ne s'en sont occupés. Et, puisque l'art. 7 de la loi de ventôse n'abroge les lois anciennes que pour les matières qui ont été réglées par les lois nouvelles, et puisque nous ne trouvons dans les lois nouvelles aucune

disposition réglant la question qui nous occupe, nous sommes bien obligé d'appliquer l'ancienne règle de l'ordonnance.

On invoque encore l'art. 7 du Code d'instruction criminelle, d'après lequel tout Français coupable d'un crime commis à l'étranger peut être jugé en France, pourvu qu'il n'ait pas été jugé déjà par un tribunal étranger; donc, en matière criminelle, les jugements rendus par les tribunaux étrangers ont force de chose jugée en France; et s'ils ont cette force en matière criminelle, à plus forte raison doivent-ils l'avoir en matière civile. Mais il n'y a rien à conclure de cet art. 7, qui contient une question d'humanité : la loi française n'a pas voulu soumettre à un nouveau jugement un homme qui a déjà été jugé par un tribunal du pays où il a été accusé d'avoir commis le crime, par conséquent, par un tribunal qui est plus à même que tout autre d'apprécier sa culpabilité.

On invoque encore l'art. 1041 du Code de procédure, dont la disposition finale est ainsi conçue : « Toutes les lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile seront abrogés. » Mais il n'y a rien à conclure de cet article, qui n'abroge que les anciennes lois de procédure; or, l'art. 121 de l'ordonnance traite, non pas d'une question de procédure, mais d'une question de compétence et d'autorité de chose jugée.

Mais on insiste et l'on dit : il s'est formé, entre les parties, par suite du procès primitif, un quasi-contrat judiciaire, qui ne leur permet plus de faire juger par les tribunaux français ce qui a été jugé par un tribunal étranger, d'après leur consentement. Mais la question

est précisément de savoir si, aujourd'hui, les jugements des tribunaux étrangers ont l'autorité de la chose jugée : si notre législation refuse de reconnaître toujours, ou dans certains cas, cet effet à ces jugements, la volonté des parties ne pourrait pas y déroger.

Enfin, un dernier argument consiste à dire : d'après l'art. 546, Code de procédure, les jugements rendus par les tribunaux étrangers, et les actes reçus par les officiers étrangers, doivent être déclarés exécutoires en France de la manière prévue par l'art. 2123, ce qui veut dire que l'art. 2123 s'applique aux actes comme aux jugements, sans distinction : or, comme on convient qu'il ne peut y avoir de révision pour déclarer les actes exécutoires ; comment serait-il possible qu'il y eût révision pour les jugements, puisque le même article est applicable aux uns comme aux autres ? Mais cet argument n'est pas concluant. En effet, l'art. 121 de l'ordonnance, après avoir dit que les contrats passés et les jugements rendus en pays étranger n'ont, en France, ni force exécutoire, ni force hypothécaire, décide, par une seconde disposition, que les tribunaux français ont le droit de reviser le jugement étranger rendu contre un Français. Reste à démontrer que cette seconde disposition a été abrogée ; mais on ne peut, pour cela, tirer aucune induction de l'art. 546, puisqu'en mettant les contrats sur la même ligne que les jugements, il n'a fait que reproduire la règle de la première disposition de l'art. 121.

Cependant, si nous pensons que, d'après la législation actuelle, l'ordonnance de 1629 se trouve encore en vigueur, nous croyons qu'en législation le troisième système serait préférable et qu'il faudrait décider que les

jugements étrangers auront toujours, en France, force de chose jugée. Ce système serait plus conforme à l'esprit du droit international moderne, qui doit tendre à abaisser les barrières qui séparent les nations.

CHAPITRE III.

DE L'INSCRIPTION ET DE LA RÉDUCTION DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE.

L'hypothèque judiciaire a été soumise à la règle de la publicité; de sorte que, bien qu'elle résulte de plein droit des jugements, le créancier qui l'a obtenue ne pourra s'en prévaloir efficacement à l'égard des tiers, qu'autant qu'il l'aura rendue publique par une inscription. Il suffit, du reste, d'une seule inscription prise dans un bureau pour grever tous les immeubles compris dans ce bureau et qui appartiennent actuellement au débiteur ou qu'il pourra acquérir par la suite. Le créancier ne sera pas obligé de prendre une inscription nouvelle au fur et à mesure que le débiteur acquerra un nouveau bien.

Cependant cette décision a été contestée, et des auteurs ont prétendu qu'il faut une inscription nouvelle pour chaque acquisition, en disant que l'hypothèque ne peut grever les biens qui ne sont pas encore dans le patrimoine du débiteur; que, dès lors, l'inscription ne saurait avoir pour effet d'atteindre les biens à venir. D'après ces auteurs, le Code civil aurait reproduit le système de l'art. 4 de la loi de brumaire an VII, qui, pour assurer

les hypothèques légales, portant sur les biens présents et à venir, ordonnait une prise d'inscription à chaque acquisition nouvelle. On argumente encore, dans cette opinion, de la loi du 5 septembre 1807, d'après laquelle le trésor public, ayant hypothèque sur les biens présents et à venir de ses comptables, est tenu de prendre une inscription nouvelle toutes les fois qu'un nouveau bien entre dans le patrimoine du comptable.

Mais cette doctrine nous semble inadmissible en présence de l'art. 3123, Code civ., d'après lequel l'hypothèque judiciaire porte sur tous les biens présents et à venir du débiteur, et en présence de l'art. 2148-5°, qui déclare que pour conserver l'hypothèque judiciaire, il n'est pas nécessaire d'indiquer la nature et la situation des biens sur lesquels le créancier entend faire porter son hypothèque; qu'une inscription suffit, sauf convention contraire, pour grever tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau. Du reste, cette disposition, entendue en notre sens, se comprend très-bien. La loi n'a pas voulu qu'à chaque acquisition nouvelle le premier rang fût le prix de la course entre les créanciers. Quant à la loi du 5 septembre 1807, il faut la restreindre, dans son application, à l'hypothèse qu'elle prévoit.

En conséquence de ce qui précède, nous déciderons que si plusieurs créanciers ont pris successivement inscription d'hypothèque judiciaire, le droit de chacun d'eux sur les biens à venir sera réglé d'après la date de leurs inscriptions respectives. Sans doute, l'hypothèque de chaque créancier ne peut frapper sur les biens à venir qu'au fur et à mesure de leur acquisition; mais, à

l'instant même où ces acquisitions sont faites, l'inscription s'en saisit et s'y attache rétroactivement au jour où elle a été prise. C'est l'inscription qui donne au créancier premier inscrit le droit de profiter des acquisitions, par préférence à ceux qui ne s'inscriront qu'après lui. Les admettre en concours avec lui serait contraire à l'article 2147, qui, n'établissant ce concours qu'entre créanciers inscrits le même jour, laisse toutes les autres hypothèses sous le coup du principe fondamental en notre matière : « L'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur (art. 2134, Cod. civ.). »

Mais à quel moment l'inscription peut-elle être utilement prise ?

En cas d'hypothèque résultant d'un jugement contradictoire, l'inscription peut être prise aussitôt après la prononciation du jugement, avant même qu'il n'ait été signifié. En effet, l'hypothèque existe aussitôt que le jugement est rendu ; et du moment qu'elle existe, rien ne s'oppose à ce que l'inscription en soit requise, sauf au conservateur des hypothèques à exiger, pour sauvegarder sa responsabilité, la représentation du titre en vertu duquel l'inscription est demandée ; formalité à laquelle il peut renoncer sans danger, s'il sait d'une manière certaine que le jugement existe. Il est vrai que l'art. 147 du Code de procédure ne permet pas d'exécuter un jugement non signifié ; mais l'inscription est un acte conservatoire et nullement un acte d'exécution ; ce qui le prouve, c'est qu'un créancier conditionnel peut requérir inscription (art. 2132, C. com.). C'est aussi comme acte

conservatoire que l'inscription est considérée par l'article 499 du Code de commerce.

On comprend que le créancier qui a obtenu un jugement a intérêt à prendre inscription le plus tôt possible pour éviter le préjudice qui pourrait résulter pour lui des aliénations et constitutions d'hypothèque que le débiteur serait peut-être tenté de consentir avant l'inscription de l'hypothèque judiciaire.

En cas de jugement susceptible d'appel, l'inscription peut être prise de suite, même lorsque le jugement n'est pas exécutoire par provision. L'art. 450 du Code de procédure, qui décide que l'exécution des jugements non exécutoires par provision sera suspendue pendant la huitaine du jugement, ne fait point obstacle à notre décision, puisque l'inscription n'est point un acte d'exécution.

De même rien ne s'oppose à ce qu'on puisse inscrire de suite l'hypothèque résultant d'un jugement qui a accordé un terme au débiteur pour le paiement de sa dette.

Quant aux jugements par défaut, dans notre ancien droit, l'ordonnance de 1667 avait décidé qu'ils n'emporteraient hypothèque que du jour de leur signification au procureur. Le motif de cette règle était que de pareilles décisions étaient souvent rendues par surprise, sur des exploits non signifiés, et dont la partie condamnée n'avait pas eu connaissance. Mais cette disposition n'ayant pas été reproduite par le Code, bien qu'elle eût été insérée dans le projet, il faut décider que l'hypothèque résulte immédiatement du jugement par défaut.

En conséquence, l'inscription de l'hypothèque, résultant des jugements par défaut, faute de conclure ou faute

de constituer avoué, peut être prise aussitôt après le prononcé des jugements, quoique ces jugements ne puissent pas être exécutés pendant la huitaine de la signification à avoué, s'il y a eu constitution d'avoué, et de la signification à personne ou à domicile, s'il n'y a pas eu constitution d'avoué (art. 155, C. proc.).

Mais l'inscription ne pourrait plus être prise en vertu d'un jugement par défaut contre partie, si cette partie avait laissé passer six mois depuis son obtention sans l'exécuter; car, alors, il est réputé non venu (156, C. pr.), et même l'inscription prise dans les six mois, s'il n'y a pas eu exécution dans ce délai, restera sans effet; car elle ne forme pas un acte d'exécution susceptible d'empêcher la péremption.

Si un jugement a été réformé sur appel ou opposition, l'hypothèque résultant de ce jugement s'évanouit, et l'inscription qui en a été prise doit être effacée; cependant, le conservateur ne peut être contraint à en effectuer la radiation que sur le vu d'un jugement qui l'ordonne, ou sur le consentement du créancier (2157, Code civ.). Au contraire, si le jugement est confirmé, l'hypothèque subsistera à la date de son inscription. S'il est confirmé pour partie, elle subsiste pour cette partie à la même date.

Si la loi a voulu, au moyen de l'hypothèque judiciaire, assurer l'exécution des décisions de la justice et garantir les droits du créancier qui a obtenu le jugement, on comprend qu'elle devait se soucier aussi des intérêts du débiteur, dont le crédit se trouve gravement atteint par suite de l'hypothèque judiciaire. C'est ce qu'elle a fait en lui permettant de demander à la justice la réduction de

l'hypothèque, quand elle portera sur plus d'immeubles différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté du créancier (2161, Code civ.).

Du reste, ce n'est qu'autant que ce créancier ne veut pas consentir à la réduction que le débiteur est obligé de recourir à la justice. Mais, pour que cette réduction lui soit accordée par un tribunal, plusieurs conditions sont exigées.

Il faut :

1° Qu'il n'y ait pas eu de *limitation convenue*, c'est-à-dire de réduction faite à l'amiable; car, alors, l'hypothèque serait devenue conventionnelle, et un débiteur ne peut pas obtenir de la justice la réduction d'une hypothèque qu'il a consentie;

2° Que les inscriptions portent sur plusieurs domaines, c'est-à-dire sur plusieurs immeubles;

3° Que les inscriptions soient excessives. Sont réputées excessives les inscriptions qui frappent sur plusieurs immeubles, lorsque la valeur d'un ou de quelques-uns d'entre eux excède de plus d'un tiers en fonds libres le montant des créances en capital et accessoires légaux (2162).

Pour éviter les frais d'une expertise, la loi veut que les juges établissent la valeur des immeubles d'après leur revenu, qui sera déterminé par la matrice du rôle de la contribution foncière ou la cote de la contribution sur le rôle. Mais comme cette évaluation du revenu n'est pas toujours très-exacte, il est loisible aux juges de s'aider de baux non suspects, de procès-verbaux d'estimation

qui ont pu être dressés précédemment à des époques rapprochées et autres actes semblables.

Lorsque le revenu est ainsi fixé, on connaîtra la valeur du fonds en multipliant le revenu par 10, si le fonds est sujet à dépérissement, par 15, s'il n'y est pas sujet. Le résultat obtenu sera la valeur de l'immeuble. Alors si la créance et le tiers en sus sont inférieurs à cette valeur, il y a lieu à réduction.

CHAPITRE IV.

CRITIQUES QUI ONT ÉTÉ DIRIGÉES CONTRE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE.

Nous avons dit que l'origine de l'hypothèque judiciaire se place dans notre ancien droit, qu'elle a été maintenue par le droit intermédiaire, et conservée par le Code civil. Les rédacteurs de ce Code ont-ils eu raison de la conserver?

Nous répondrons à cette question après avoir examiné les critiques qui ont été dirigées contre cette institution.

On a dit :

En s'attachant à l'origine de l'hypothèque judiciaire, elle n'a plus aujourd'hui aucune raison d'être. Nous avons vu, en effet, que, dans notre ancien droit, l'hypothèque judiciaire n'avait été qu'une conséquence de cette idée, à savoir que tout acte authentique emportait hypothèque. Mais les rédacteurs du Code ayant abandonné ce principe, en n'accordant plus de plein droit la force hypothécaire aux actes notariés, il eût été logique, de leur

part, de refuser cette force aux obligations dont l'existence est constatée par la justice.

La force hypothécaire accordée aux jugements est contraire à leur nature: il est de principe, en effet, que les jugements ne peuvent pas créer des droits, mais seulement constater des faits ou des droits préexistants. Or, lorsqu'un créancier fait reconnaître sa créance par la justice, c'est violer ce principe que de lui accorder un droit accessoire, exorbitant, qu'il n'avait pas stipulé de son débiteur.

L'hypothèque judiciaire détruit l'égalité entre les créanciers chirographaires qui, ayant accepté une position égale, devraient venir en concurrence. De plus, elle est fatale au crédit du débiteur, car chaque créancier sera stimulé par le désir d'obtenir le premier cette garantie, qui lui accordera la préférence sur ses rivaux. « Quelle bizarrerie, dit M. Valette, dans cette préférence attribuée à celui des créanciers qui, mieux servi que les autres, soit par le zèle des officiers publics qui lui prêtent leur ministère, soit par le hasard des circonstances, a le premier obtenu un jugement de condamnation, ou peut-être même (car il faut bien entrer dans ces détails) réussi le premier à lever et à faire enregistrer son jugement ! D'ailleurs, quelle prime d'encouragement offerte ainsi à l'ardeur des poursuites judiciaires, et, par suite, quelle source féconde et incessante de frais ruineux pour le débiteur ! Des inconvénients de même nature devaient sans doute résulter du *pignus judiciaire* des Romains; mais, au moins, cette sorte d'hypothèque judiciaire n'était pas générale; il y avait plus de chances pour que les gages fussent répartis, suivant les cas, entre un grand nombre

de créanciers. Chez nous, au contraire, la généralité de l'hypothèque aggrave encore le mal; souvent il en résulte des préférences absolues pour certains créanciers, et une perte complète pour d'autres. De plus, ce conflit d'hypothèques générales engendre des contestations sans nombre dans les ordres ouverts sur le prix des immeubles (1). »

Enfin l'hypothèque judiciaire est funeste à l'intérêt public, parce qu'elle entrave la libre circulation des biens par une masse considérable d'inscriptions.

Mais c'est surtout l'hypothèque résultant des actes judiciaires qui mérite d'être critiquée; le plus souvent elle est sans cause légitime, car le seul objet de la demande en reconnaissance ou en vérification est la sincérité de la signature, puisque le plus souvent cette demande est formée avant l'exigibilité : l'obligation n'y est donc pas comprise. Souvent elle est contraire à la bonne foi qui doit toujours être observée dans les conventions, car elle grève d'une hypothèque générale les biens d'un débiteur qui a peut-être refusé une hypothèque spéciale. Elle est injuste à l'égard des créanciers porteurs d'un titre authentique, car ils ne peuvent obtenir de condamnation qu'après l'exigibilité de leur créance. Elle est contraire au principe de la spécialité des hypothèques conventionnelles, puisqu'il suffit au créancier porteur d'un acte sous seing privé de faire reconnaître son titre en justice pour avoir une hypothèque générale.

Cependant, les partisans de l'hypothèque judiciaire

(1) Revue du droit français et étranger, 1849.

invoquent, en faveur de son maintien, des raisons dont on ne peut nier l'importance.

La mission du juge, disent-ils, n'est pas seulement de déclarer des droits préexistants, mais encore d'en procurer l'exécution. Le jugement qui donne à un créancier le moyen de se procurer ce qui lui est dû, d'obtenir l'exécution de sa créance, n'augmente pas son droit pour cela; le créancier n'a pas un droit plus étendu, il n'a qu'un droit plus efficace. L'hypothèque judiciaire n'a pas d'autre résultat.

Il est vrai que l'hypothèque judiciaire détruit l'égalité entre créanciers chirographaires, mais on peut répondre que la position de tous est la même; que chacun d'eux a la chance d'arriver le premier; que ceux qui se voient primés par des concurrents plus actifs ne doivent s'en prendre qu'à eux de leur incurie : *jura vigilantibus subveniunt!*

Il est vrai que l'hypothèque judiciaire nuit au crédit du débiteur; mais après tout, il devait exécuter son obligation, et s'il ne l'a pas fait, il n'a pas à se plaindre des conséquences rigoureuses encourues par sa faute. Mais il y a mieux : si l'hypothèque judiciaire est nuisible au débiteur, il est facile de démontrer qu'elle lui est favorable aussi. En effet, le créancier qui sait que la loi lui accordera cette garantie efficace, qu'il pourra obtenir à défaut de paiement à l'échéance, se montrera moins exigeant au moment de la convention; et, une fois la condamnation obtenue, son droit étant garanti par une hypothèque générale, il sera moins pressé de recourir à la voie rigoureuse de l'expropriation forcée et aux autres modes d'exécution.

Il faut reconnaître que ces considérations, présentées en faveur du maintien de l'hypothèque judiciaire, ne manquent pas de valeur. Cependant, s'il nous étoit permis d'exprimer notre opinion personnelle, nous dirions que, sans oser nous prononcer pour la suppression complète de l'hypothèque judiciaire, il nous semblerait utile d'apporter de notables modifications à cette institution; que l'hypothèque judiciaire, telle qu'elle est organisée aujourd'hui, affecte d'une manière trop grave le crédit du débiteur, en accordant souvent au créancier une garantie plus considérable qu'il n'est nécessaire à la conservation de ces droits.

Les inconvénients du système actuel ont paru assez graves pour appeler l'attention du législateur. En 1850, la commission de l'assemblée nationale, chargée d'élaborer le projet de réforme hypothécaire, s'étoit prononcée pour la suppression pure et simple; mais, sur les réclamations des tribunaux, la commission proposa ensuite de remplacer l'hypothèque judiciaire par le système des *oppositions*. Voici en quoi il consistait.

Tout créancier porteur d'un jugement ou d'un acte notarié en forme exécutoire aurait pu, pour une créance exigible, former opposition au bureau des hypothèques sur un ou plusieurs immeubles de son débiteur. Cette opposition inscrite aurait eu pour effet d'enlever au débiteur le droit d'aliéner et d'hypothéquer l'immeuble au préjudice du créancier inscrit. Cette opposition ne donnoit pas un droit de préférence à l'opposant à l'encontre des autres créanciers chirographaires, dont les créances avoient pris naissance avant son inscription; mais elle

lui en donnait un opposable aux créanciers postérieurs. Si l'opposition n'était pas levée dans l'année de l'inscription, le créancier devait poursuivre l'expropriation, et le prix était distribué d'abord entre les créanciers privilégiés et hypothécaires, ensuite entre les créanciers chirographaires au marc le franc.

Ce projet avait été admis par l'assemblée après la seconde lecture; mais chacun sait quel est l'événement qui empêcha la loi d'aboutir. Nous sommes donc encore aujourd'hui sous l'empire de la législation de 1804 et de 1807.

Nous ne voulons pas terminer notre travail sans indiquer un autre système, qui a été proposé par un de nos maîtres, M. Valette, et qui paraît présenter toutes les conditions de simplicité et d'équité désirables pour remplacer avantageusement l'hypothèque judiciaire.

Ce système consisterait « à organiser pour les débiteurs non commerçants un état de déconfiture analogue à l'état de faillite. Le débiteur déclaré insolvable par un jugement régulier serait dessaisi de l'administration de ses biens, et, par suite, incapable de consentir des aliénations et des hypothèques au préjudice de la masse de ses créanciers; cette masse elle-même serait représentée par des syndics, dont la gestion, exercée dans l'intérêt commun, serait substituée à l'anarchie des mesures et des poursuites individuelles. On ferait ainsi, nous le croyons du moins, un heureux retour au système des Romains, retrouvé depuis fort longtemps et perfectionné par l'admirable bon sens de la pratique commerciale. Il est encore bien d'autres emprunts utiles qu'on pourrait

faire aux usages du commerce ; trop souvent le droit civil est demeuré stationnaire, pendant que le droit commercial se pliait aux besoins des temps et suivait les progrès de la civilisation (1). »

(1) Revue du droit français et étranger, 1849, p. 923.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. Lorsque plusieurs hypothèques ont été constituées successivement sur des biens à venir, la préférence se règle par l'ordre des dates des constitutions.

II. La loi 28, *De jure fisci*, ne donne pas au fisc une hypothèque privilégiée.

III. La mauvaise foi du créancier qui reçoit hypothèque sur la chose d'autrui ne l'empêche pas d'exercer l'action utile contre le débiteur devenu propriétaire de la chose hypothéquée.

IV. Les lois 41, *De pignorat. act.*, et 22, *De pignoribus*, expriment deux opinions contradictoires de Paul et de Modestin.

V. Par l'exercice du *jus offerendi*, l'*offerens* n'acquiert pas la créance du créancier désintéressé.

VI. Le tiers détenteur qui paye un créancier hypothécaire n'est pas subrogé de plein droit à son hypothèque.

VII. Le *jus pœnitendi* ne paraît pas avoir été admis dans le contrat *do ut des*, mais seulement dans le contrat *do ut facias*, et encore en supposant que le contrat présentât de l'analogie avec le mandat, ou eût pour but une libéralité qui ne devait profiter à aucune des parties.

DROIT CIVIL.

I. Le rang des hypothèques judiciaires sur les biens à venir se détermine par la date des inscriptions.

II. Le jugement étranger n'a pas force de chose jugée, en France, quand il a été rendu contre des Français.

III. L'hypothèque judiciaire n'est attachée qu'aux jugements qui prononcent une condamnation.

IV. L'hypothèque judiciaire, résultant d'un jugement rendu contre un mari, frappe les conquêts de communauté et les suit après le partage.

V. Le lit des petites rivières appartient aux riverains.

VI. Par la subrogation, le subrogé acquiert tous les droits du subrogeant.

VII. L'enfant naturel reconnu par son père peut être adopté par lui.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Toutes contraintes administratives emportent hypothèque judiciaire.

II. Pour qu'un contrat soit soumis au droit proportionnel, il ne suffit pas qu'il rentre dans les termes de l'art. 4 de la loi du 22 frimaire an VII, il faut encore qu'il ait été prévu par l'art. 69 de cette loi.

HISTOIRE DU DROIT.

I. La concession du *jus Italicum* à une province avait

pour effet d'entraîner une exemption de l'impôt et d'établir une assimilation entre la condition du sol de cette province et le sol italique.

II. L'origine des biens communaux remonte à la propriété collective des Germains.

DROIT DES GENS.

I. Les étrangers ont, en France, la jouissance de tous les droits civils, à l'exception de ceux qui leur sont formellement refusés par la loi française.

II. L'étranger divorcé peut se marier en France, du vivant de son premier conjoint.

*Vu par le Président de la Thèse,
Doyen de la Faculté,*

C.-A. PELLAT.

Permis d'imprimer :

*Le Vice-Recteur de l'Académie,
ARTAUD.*





