

Faculté de droit de Paris.
Thèse pour le doctorat. De
pignoribus et hypothecis, en
droit romain ; des privilèges
sur les [...]

Cagny, Jules de. Auteur du texte. Faculté de droit de Paris. Thèse pour le doctorat. De pignoribus et hypothecis, en droit romain ; des privilèges sur les meubles, en droit civil français. L'acte public... sera soutenu le jeudi 16 avril 1857... par Jules de Cagny,.... 1857.

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 reutilisationcommerciale@bnf.fr.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS, EN DROIT ROMAIN
DES PRIVILÈGES SUR LES MEUBLES, EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU
le jeudi 10 avril 1857, à une heure et demie

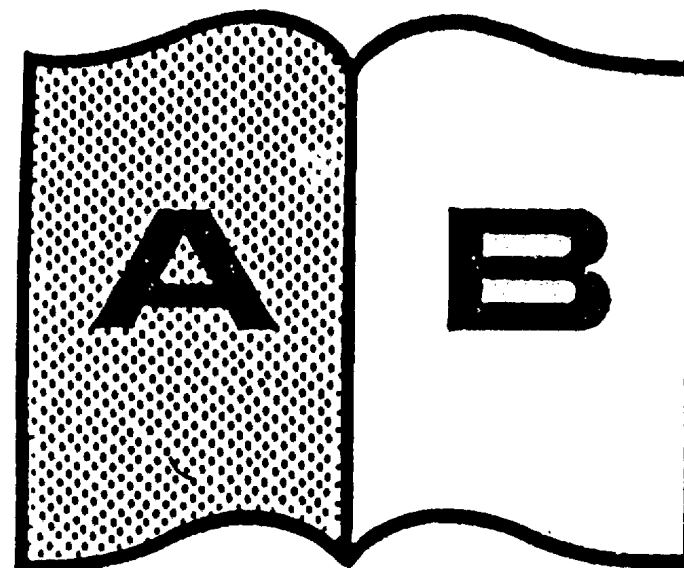
PAR

JULES DE CAGNY
AGGREGÉ À LA COUR IMPÉRIALE (NÉ À PARIS).



PARIS
IMPRIMERIE LE NORMANT
RUE DE SEINE, 10.

1857



Contraste Insuffisant
NF Z 43-120-14

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS, EN DROIT ROMAIN
DES PRIVILÈGES SUR LES MEUBLES, EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

le jeudi 16 avril 1857, à une heure et demie

PAR

JULES DE CAGNY

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE (NÉ A PARIS).

PRÉSIDENT : M. BONNIER, Professeur.

SUFFRAGANTS : { MM. PELLAT,
BRAVARD, } Professeurs.
DURANTON, }
DEMANGEAT, Suppléant.

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

PARIS
IMPRIMERIE LE NORMANT

RUE DE SEINE, 10.

1857

2006

30580

A MON PÈRE, A MA MÈRE.

DROIT ROMAIN.

DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS.

Dans le vieux droit romain, la personne du débiteur était le gage commun de ses créanciers. A défaut d'exécution volontaire, le créancier saisissait la personne de son débiteur; ce n'était que dans des cas tout-à-fait exceptionnels où l'intérêt public ou religieux était en jeu, qu'il pouvait, au moyen de l'action de la loi *per pignoris capionem*, exercer un recours direct contre les biens. A côté de ce système de la *manûs injectio*, la procédure formulaire introduisit la *missio in possessionem bonorum*; dès-lors la *manûs injectio* tomba peu à peu en désuétude, et la saisie des biens tendit de plus en plus à se substituer à celle de la personne qui ne cessa cependant pas d'exister.

Les biens du débiteur sont ainsi devenus le gage commun de ses créanciers, mais l'idée de communauté exclut l'idée de sûreté dans le gage. Quelle garantie présente un gage sur lequel il faudra concourir avec tous ceux qu'il plaira au débiteur de se donner pour créanciers. Ne peut-il pas contracter sans cesse de nouvelles dettes? Ne peut-il pas dissiper complètement son patrimoine? Car les biens du débiteur ne sont pas pour les créanciers un gage véritable, et le débiteur

reste toujours maître de les aliéner librement. Aussi les créanciers durent-ils chercher des garanties plus sérieuses contre les risques d'insolvabilité qui les menaçaient. Ils exigèrent de leur débiteur des sûretés particulières, tantôt l'engagement d'une personne qui répondait du paiement sous sa propre responsabilité, tantôt l'affectation d'une chose dont la valeur répondait aussi dès à présent du paiement.

Ces sûretés accessoires portent le nom générique de *cautiones*. Les premières auxquelles le droit français a restreint ce nom, portaient à Rome celui de *sponsores, fidepromissores et fidejussores*; les autres celui de *pignus, hypotheca*.

Nous n'avons à nous occuper que de ces dernières. Les sûretés accessoires personnelles ne rentrent pas dans le cadre de cette thèse.

Constitution du droit de gage ou d'hypothèque.

Quatre causes peuvent donner naissance au droit de gage : l'ordre du magistrat ou une disposition légale donnent naissance au *pignus necessarium*; une disposition testamentaire ou la convention des parties au *pignus voluntarium*; nous laisserons de côté trois de ces causes créatrices du gage pour ne nous occuper que du gage conventionnel.

La constitution du gage par la convention des parties, présente trois époques différentes : *fiducia, pignus, hypotheca*.

Fiducia.

Pendant la première époque, le débiteur qui voulait

donner un gage à son créancier, devait lui en transférer la propriété, non pas pour qu'il la gardât définitivement, car il eut mieux valu vendre la chose pour se procurer de l'argent, mais à la charge, au contraire, de s'obliger sur le champ par le contrat de *Fiducie* à la retransférer au débiteur après l'acquittement de la dette. Le créancier recevait la propriété par l'un des modes solennels : pour les choses *mancipi*, *mancipatio* ou *cessio in jure* ; pour les choses *nec Mancipi*, *cessio in jure* seulement, de même que pour les choses incorporelles en général qui ne sont susceptibles ni de tradition, ni même, sauf les servitudes rurales, de mancipation (1). Il y avait alors *mancipatio* ou *cessio in jure*, *fiducie causà*. Le contrat de fiducie produisait une double action : *fiducie directa*, au profit du débiteur qui a payé pour contraindre le créancier à lui retransférer la propriété, *fiducie contraria*, au profit du créancier, pour se faire rembourser, par le débiteur, les dépenses qu'il a pu être obligé de faire pour la conservation de la chose. Le créancier payé devait, pour s'acquitter de son obligation, restituer la chose au débiteur par la *mancipatio* ou l'*in jure cessio*. Le débiteur avait un autre moyen de rentrer dans la propriété de sa chose ; c'était l'*usureceptio* ; sorte d'usucapion adoucie qui lui permettait de reprendre la propriété quiritaire par une simple possession d'un an, quelquefois même sans avoir payé sa dette.

(1) Ulpien, *Reg.*, lit. 19, § 9 et suiv. — Ortolan, *Inst.*, tome Ier, p. 340.

Sinten limite l'*in jure cessio* aux choses *nec Mancipi* ; c'est là une erreur. Ulpien, *loc. cit.*, et Gaius, II, § 22 et suiv., et 41, ne laissent aucun doute sur ce point. — Pellat, trad. de Schilling, p. 29.

La seule différence qu'il y eut entre le débiteur qui avait payé et celui qui n'avait pas payé, c'est que celui-ci ne pouvait usucaper quand il tenait la chose à titre de louage ou de précaire, tandis que le premier usucapait de quelque manière qu'elle fût revenue entre ses mains, fût-ce à titre de louage ou de précaire (1).

J'ai dit que le débiteur ne conférait pas au créancier la propriété de sa chose pour qu'il la gardât définitivement; ce n'est pas qu'il ne lui conférât qu'une propriété temporaire; les principes n'autorisaient pas de semblables tempéraments. Le créancier avait, quant à présent, la propriété complète et définitive de la chose, sauf l'obligation personnelle résultant de la fiducie. Jusqu'à ce qu'il se fût dépouillé de cette propriété pour la rendre au débiteur, il pouvait l'aliéner valablement au profit d'un tiers, même avant l'échéance, et le débiteur qui, peut-être, y attachait un grand prix, n'avait qu'une action en indemnité contre le créancier qui avait manqué à sa foi; il n'en avait aucune contre le tiers acquéreur. Ce n'était pas le seul inconvénient de ce système. Il fallait se priver de la possession de la chose engagée; sans doute le créancier pouvait consentir à la laisser à précaire à son débiteur, mais il pouvait toujours, dans ce cas, la lui reprendre à son gré. Et cependant le contrat de fiducie était encore employé quelquefois au temps de Gaius et de Paul (2).

Mais à côté de la fiducie, s'était produite une autre institution de droit civil, le *pignus*, qui finit par la supplanter complètement.

(1) Gaius, II, § 59 et suiv.

(2) Gaius, II, § 60. Paul., Sent., § 1^{er} et suiv.

Pignus.

Du temps des actions de la loi, il n'était pas permis d'agir *procuratorio nomine* (1) ; il fallait donc nécessairement rendre le créancier propriétaire pour lui donner une garantie efficace ; car s'il eut été dépouillé de son gage, n'en étant pas propriétaire, il n'eût pas pu le poursuivre. Mais, après les actions de la loi, on se relacha de cette rigueur. Le débiteur ne se dépouilla plus de la propriété de sa chose, il n'en transporta que la possession à son créancier ; telle est la deuxième phase de l'histoire du gage, le *pignus*.

Dans le principe, le *pignus* ne donnait au créancier qu'un simple droit de rétention vis-à-vis des débiteurs, sauf à se faire céder, s'il y avait lieu, les actions de celui-ci contre les tiers. Plus tard, le créancier obtint une véritable possession, possession juridique qui lui donna droit aux interdits, sans lui donner cependant droit d'usucaper ; à ce seul point de vue, la possession reste au débiteur (2). On dit de lui qu'il a la possession *ad usucapionem*, tandis que le créancier a la possession *ad interdicta*. Le débiteur continue d'usucaper pendant que le créancier possède, mais seulement tant que le créancier possède lui-même, car si le créancier transmettait la possession à un tiers, il en serait du débiteur comme du déposant ou du commodant, quand le depositaire ou le commodataire s'est dépouillé de la possession, il cesserait d'usucaper (3).

(1) Gaius, IV, § 82.

(2) Loi 16. Dig., De usurp. et usuc.

(3) Loi 33. Dig., § 4, De usurp. et usuc.

L'époque du paiement arrivée, le créancier investi de la possession par le *pignus* peut-il vendre le gage à défaut de paiement? D'abord il n'en avait pas le droit, à moins qu'une convention ne le lui eût accordé. S'il vendait sans cela, il commettait un vol, *furti se obligat* (1). Mais la convention *ut vendere liceat*, devint de style dans les constitutions de gage; dès lors on la suppléa quand les parties l'avaient omise, et l'on en vint enfin à considérer comme nulle la convention contraire qui n'eut plus d'autre effet que d'obliger le créancier gagiste avant de vendre, à faire connaître son intention au débiteur par trois notifications préalables; encore cet effet ne fût-il attaché à la clause *ne vendere liceat*, que par une constitution de Justinien (2); avant cette loi, les trois dénonciations étaient toujours exigées, même indépendamment de toute prohibition de vente (3); notre clause était donc complètement inutile.

Cependant tout ceci semble démenti par les Institutes *quibus alienare licet*, § 1, qui n'accordent le droit de vendre au créancier qu'autant qu'il le tient d'une convention avec le débiteur. Le désaccord de ce texte avec ceux que nous avons précédemment cités, et qui autorisent la vente même en cas de convention contraire, ne saurait s'expliquer que par l'inadvertance des rédacteurs des Institutes qui ont trop légèrement copié Gaius (4); ce qui était vrai du temps

(1) Loi 73. Dig., De furtis.

(2) Loi 3, § 1^{er}, Cod. de jure dom. impetr.

(3) Paul, sent. II, § 1^{er}. -- Loi 10, Cod. de pign. et hyp.

(4) Gaius, II, § 64, in fine.

de ce jurisconsulte avait cessé de l'être sous Justinien.

Le *pignus* est un contrat réel; il ne se forme que par la remise de la chose : cette remise fait naître des obligations réciproques entre les contractants; pour le créancier gagiste, l'obligation de restituer le gage lors de l'extinction de la dette, pour le constituant, l'obligation d'indemniser le créancier de toutes les dépenses qu'il a pu être obligé de faire pour la conservation de la chose engagée. Ces obligations réciproques sont garanties par une double action, l'action *pigneratitia directa et contraria*.

Nous avons vu que la propriété du gage ne passe pas au créancier, qu'elle reste, au contraire, au débiteur; c'est là un grand progrès du *pignus* sur la *fiducia*; car le créancier n'étant pas propriétaire ne peut aliéner la chose; la loi ne lui reconnaît ce droit qu'à défaut de paiement après l'échéance; s'il aliénait auparavant, cette aliénation était nulle comme faite *a non domino*. Ce progrès constaté, il reste bien des inconvénients. Le créancier a la possession du gage; de là pour le débiteur, impossibilité d'engager la même chose à plusieurs, nécessité de se dépouiller de cette possession, et par suite de la jouissance de la chose. Cette privation, particulièrement grave pour les colons, amena l'institution de l'hypothèque.

Hypotheca.

L'hypothèque ne transporte au créancier ni la propriété, ni même la possession du gage; l'une et l'autre restent au débiteur; elle ne confère au créan-

cier qu'un simple droit réel sur la chose, en vertu duquel le créancier aura, à défaut de paiement à l'échéance, droit de se faire mettre en possession de la chose hypothéquée, droit de la vendre, droit de préférence sur le prix.

Contrairement à la *fiducia* et au *pignus* qui sont des contrats du droit civil, l'hypothèque est une institution prétorienne. Elle remonte au temps de la république, car Cicéron en parle déjà (1), et fut introduite dans le droit romain par un préteur Servius qui l'emprunta à la Grèce et lui laissa le nom qu'elle y portait.

Cette innovation du préteur Servius n'eut pas d'abord le même caractère de généralité que les anciennes formes du gage. C'était surtout pour les colons que les inconvénients du *pignus* étaient graves, ce fut seulement pour les colons que fut imaginée l'hypothèque; mais les avantages de ce système le firent étendre plus tard à tous les cas de gage, à côté de l'action servienne primitive, qui n'était donnée qu'au bailleur d'un fonds rural, se produisit alors l'action quasi-servienne pour toutes les créances auxquelles avait été étendu le bénéfice de l'hypothèque.

L'hypothèque n'exige pour sa formation, ni solennités ni remise de la chose; elle dépend uniquement de la volonté des parties. Une simple convention suffit pour la créer, à plus forte raison, une lettre même non datée ni scellée (2), car il n'est besoin d'aucun écrit. L'empereur Léon fut le premier qui attacha

(1) Cicero. ad famil. XIII, 56.

(2) Loi 34, § 1. Dig. de pign. et hyp.

quelque avantage à l'existence d'un écrit. Dans le but de rendre les hypothèques moins occultes, il donna à celles qui seraient constatées dans un *instrumentum publicum* ou dans un acte souscrit par trois citoyens *integræ opinionis*, droit de préférence sur les hypothèques antérieures en date et non constatées dans des actes de ce genre (1). Toujours est-il que, même depuis lors, l'écrit ne fut pas nécessaire à l'existence de l'hypothèque. L'intention des parties n'a même pas besoin d'avoir été exprimée, pourvu qu'elle ressorte clairement des faits : Seïus, fils émancipé, écrit sous la dictée de son père, à Septitius, créancier de celui-ci, que tel fonds lui sera hypothéqué; or, ce fonds est la propriété de Seïus et non celle de son père; on se demande si Seïus continuera d'avoir la propriété libre d'hypothèque de ce fonds, car il n'a d'aucune manière exprimé son consentement à la constitution de l'hypothèque, il s'est borné à écrire ce que lui dictait son père? Modestin répond qu'en écrivant de sa main au créancier de son père que le fonds serait hypothéqué, il a manifestement consenti cette hypothèque (2). Ceci peut paraître en contradiction avec la loi 39 de *Pign. act.* du même jurisconsulte; il n'y a pourtant pas de contradiction, car celui qui signe un testament comme témoin, n'en connaît pas le contenu; on ne saurait donc, dans l'apposition de son cachet sur l'enveloppe, voir une adhésion nécessaire aux dispositions qu'il renferme.

La volonté des parties doit être constante : 1° ils

(1) Loi 11. C. qui pot. in pign.

(2) Loi 26, § 1. D. de pign. et hyp.

ont voulu établir une hypothèque; 2^o c'est telle chose qu'ils ont voulu hypothéquer. Ainsi, on est convenu que telle chose sera remise en gage au créancier, le débiteur en remet un autre; c'est la première qui est hypothéquée. On est convenu d'hypothéquer telle coupe en or, elle est en cuivre; c'est elle qui est hypothéquée cependant, *quia in corpore consenserit*. Si l'on m'a montré de l'or au moment de la convention, et que plus tard on m'ait livré du cuivre, c'est l'or qui est engagé; si l'on m'a sciemment montré et remis du cuivre pour de l'or, j'aurai une action à raison de ce stellionat, mais le cuivre sera valablement engagé, parce qu'il vaut encore mieux avoir du cuivre que de ne rien avoir en gage. S'il s'agissait d'une vente et non d'une hypothèque, on ne saurait décider de même, il faudrait prononcer la nullité de la vente.

L'hypothèque peut être constituée même entre absents. elle le sera alors au moyen d'une lettre ou d'un *nuntius*, mais elle ne saurait être acceptée *per procuratorem*; le *nuntius*, en effet, n'est qu'un messenger, un porte-paroles, tandis que le *procurator*, loin d'avoir ce rôle inerte et purement passif, agit par lui-même et pour lui-même, et acquiert pour lui, et non pour son mandant, sauf à céder ensuite à celui-ci l'action ainsi acquise; car il est de principe, en droit romain, qu'on ne peut acquérir *per liberam et extraneam personam*. Cependant, il est un cas dans lequel le *procurator* acquiert l'action hypothécaire, non pour lui, mais pour son mandant; quand un mandataire a donné de l'argent en *mutuum*, au nom

de son mandant, et qu'une hypothèque a été consentie pour garantie de ce prêt, il se produisait avant Justinien un effet fort bizarre, le mandataire acquérait la *condictio ex mutuo* pour son mandant (1), et l'action hypothécaire pour lui-même, Justinien fit disparaître cette différence singulière, et ce fut dès lors un cas d'acquisition directe de l'action hypothécaire au mandant par un tiers procureur (2).

Telles sont les trois phases de la marche des garanties réelles en droit romain, la *fiducia* qui offre au créancier une sécurité complète, puisqu'il est propriétaire, mais qui laisse le débiteur trop à la merci du créancier ; le *pignus* qui conserve au débiteur son droit de propriété, mais qui le dépouille de la possession ; l'*hypotheca* qui conserve au débiteur la propriété et même la possession, sans diminuer en rien les sûretés du créancier, grâce à son droit de suite. Ce ne sont pas trois époques séparées entre elles par des limites bien tranchées ; nous avons déjà dit que la *fiducia* avait continué longtemps à exister avec le gage ; quant au gage, l'hypothèque eut beau se généraliser d'un cas spécial à toutes les causes de dette, elle ne le fit jamais disparaître, mais ils tendirent à se fondre ensemble ; l'action servienne ou quasi-servienne avait été créée pour l'hypothèque seule, elle fut bientôt accordée au gage, à *fortiori*, dit-on, car l'hypothèque est un diminutif du gage, c'est le gage moins la possession, le droit réel est le même. Aussi en vint-on facilement, dans le langage usuel des ju-

(1) Loi 9, § 8. Dig. de reb. cred.

(2) Loi 2, Cod. per quas pers.

riseconsultes, à confondre le *pignus* et l'*hypotheca*; c'est ce qui fait dire à Marcien que « *inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt* (1): » proposition trop absolue, car elle n'est vraie qu'au point de vue du droit réel; il y a d'ailleurs de nombreuses différences: ainsi, le gage ne se forme que par la remise de la chose; il donne naissance aux deux actions *pigneratitiennes*; enfin, d'après les *proculéiens*, il ne s'applique qu'aux meubles *pignus à pugno* (2); l'hypothèque, au contraire, se forme par simple convention, ne donne pas d'actions *pigneratitiennes*, et s'applique sans difficulté tant aux immeubles qu'aux meubles. Cette observation faite, comme c'est surtout le droit réel que nous avons à envisager, nous nous servirons nous-mêmes indifféremment des deux noms de gage ou d'hypothèque, sauf à insister d'avantage quand nous voudrons prendre chacun d'eux dans son sens propre.

Caractère du droit de gage ou d'hypothèque.

Le droit de gage ou d'hypothèque est l'affectation d'une chose à la sûreté d'une créance; c'est un droit réel accordé à un créancier sur la chose d'autrui pour sa garantie. Je dis [sur la chose d'autrui, c'est, en effet, ce qui a lieu le plus fréquemment; mais il ne faudrait pas en conclure que l'on ne put jamais avoir d'hypothèque sur sa propre chose; il est, au

(1) Loi 5, § 1. Dig. de pign.

(2) Loi 238. Dig. de verb. signif.

contraire, plusieurs cas où le propriétaire aura un grand intérêt à avoir hypothèque sur sa chose. Ainsi, Primus achète un fonds grevé de plusieurs hypothèques, et emploie son prix d'acquisition à désintéresser le premier créancier hypothécaire, il sera subrogé de plein droit à l'hypothèque de ce créancier (1), de telle sorte que si, plus tard, les autres créanciers veulent faire vendre le fonds, ils seront obligés de le rembourser d'abord pour être subrogés à leur tour à son hypothèque, car le droit de faire vendre n'appartient qu'au premier créancier hypothécaire ;

« Nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem hujus pignoris consequi nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas. L., 8, C., qui post in pign. ;

Primus ne court donc aucun risque pour rentrer dans son prix, tandis que, s'il n'eut pu avoir hypothèque sur sa propre chose, il n'aurait eu, en cas d'éviction, qu'une simple créance chirographaire en recours avec les risques d'insolvabilité. Ainsi, encore, le but du créancier hypothécaire, en acquérant la chose hypothéquée, peut avoir été, moins d'en devenir propriétaire, que de conserver son gage, tel est le cas d'un créancier postérieur achetant du premier créancier (2). Cependant ce sont là des cas exceptionnels.

L'hypothèque est un droit réel, ce n'est point une simple créance opposable au débiteur seul, c'est un

(1) Loi 1. Cod. qui pot. in pign.

Loi 22. Cod. de pign. et hyp.

Loi 4. Cod. de his qui in prior. cred.

Loi 17. Dig. qui pot. in pign.

(2) Loi 6. Dig. de dist. pign.

droit absolu opposable à tous. Comment se fait-il que nous ne la trouvions jamais mentionnée parmi les droits réels dans les classifications romaines? c'est ce qu'explique son origine. Le préteur ne procédait pas ouvertement dans la voie des innovations, il n'allait jamais directement à l'encontre du vieux droit civil, respectant toujours en apparence son langage et ses classifications. Fidèle à cette règle de conduite, il put bien introduire un nouveau droit réel, l'hypothèque, mais il ne le put qu'à la condition de ne pas le dire. C'est pour la même raison que nous ne trouvons nulle part l'hypothèque parmi les démembrements de la propriété. C'en est un, cependant, quoi qu'on dise, il porte une grave atteinte au *jus abutendi*; le propriétaire ne peut plus aliéner la chose hypothéquée, sinon grevée d'un droit de suite; il ne peut plus constituer d'usufruit ni de servitude opposables aux créanciers hypothécaires; est-ce là le *plenum dominium*?

Le droit d'hypothèque offre des particularités remarquables, c'est un droit réel qui naît d'une simple convention; c'est un droit réel accessoire, l'hypothèque, en effet, ne peut exister sans une créance qu'elle garantisse. D'où résulte que si la créance disparaît, l'hypothèque ne peut lui survivre et disparaît nécessairement du même coup, c'est-à-dire que c'est un droit réel qui peut s'éteindre malgré la volonté de celui qui en est investi. Les autres droits réels, la propriété, l'usufruit, les servitudes, ne s'éteignent, au contraire, que par la volonté de celui auquel ils appartiennent, bien différent de l'hypothèque qui dépend de la volonté de celui qui en est grevé, lequel est toujours

maître de l'anéantir en payant la dette. C'est ce caractère du droit d'hypothèque qui fait dire d'une chose hypothéquée qu'elle est *pignori obligata*, la chose est obligée comme le débiteur, le paiement libérera l'un et l'autre (1),

L'hypothèque est un droit indivisible, c'est-à-dire que chaque molécule du fonds hypothéqué est grevée de la totalité de la dette, et que chaque parcelle de la dette, si je puis m'exprimer ainsi, grève la totalité du fonds hypothéqué, comme le dit Dumoulin : *« Est tota in toto et tota in qualibet parte. »* Ainsi, le fonds hypothéqué péricule en partie, l'hypothèque ne diminue pas proportionnellement, elle se conserve pour la totalité de la dette sur le reste du fonds; le fonds hypothéqué se divise, l'hypothèque ne se divise pas pour cela : elle grève chacune des parts pour la totalité de la créance; la créance se divise, chaque fraction de la créance aura hypothèque sur la totalité du fonds; la créance est éteinte pour partie, le reste continue d'avoir hypothèque sur le fonds en entier ou même sur tous les fonds, si plusieurs ont été hypothéqués (2), et il en sera ainsi jusqu'à parfait paiement, non-seulement du capital, mais encore des intérêts, si l'hypothèque a été consentie pour une dette productive d'intérêts (3).

L'hypothèque est donc indivisible, elle l'est dans sa conservation, mais il ne faut pas croire qu'elle le soit dans sa constitution. Il en est autrement des ser-

(1) M. PELLAT, Cours de 1851.

(2) Loi 19. Dig. de pign.

(3) Loi 13, § 6, h. t.

vitudes prédiales, et la raison de cette différence est facile à saisir : comment concevoir une servitude, un droit de passage, par exemple, sur une part indivise d'un fonds ? Quoi de plus raisonnable, au contraire, qu'une hypothèque sur une part indivise ? C'est que le but de l'hypothèque n'est pas celui des servitudes ; l'hypothèque tend à la vente : vendre et se payer sur le prix, or, on peut fort bien vendre une part indivise ; le but des servitudes est le même que celui du louage, la jouissance, aussi ne peut-on pas plus louer une part indivise qu'on ne peut la grever de servitudes. En somme, la propriété est divisible quant à sa constitution et quant à sa conservation ; les servitudes réelles sont indivisibles quant à leur constitution et quant à leur conservation ; l'hypothèque est divisible quant à sa constitution, indivisible quant à sa conservation (1). Et même il pourrait se faire que l'hypothèque se divisât après sa constitution, si les parties étaient convenues qu'en cas de partage de la chose hypothéquée entre les héritiers du propriétaire débiteur, chacun de ses héritiers ne serait tenu hypothécairement que dans la limite de sa dette personnelle. Voilà pourquoi l'article 2114 de notre Code Napoléon dit que l'hypothèque est indivisible de sa nature ; l'indivisibilité n'est pas de son essence (2).

Étendue du droit de gage et d'hypothèque.

L'hypothèque est générale ou spéciale. L'hypothèque

(1) M. PELLAT, Cours de 1851.

(2) VALETTE, Traité des priv. et hyp., n° 125.

quo générale frappe tous les biens du débiteur, soit tous ses biens présents, soit même tous ses biens présents et à venir (1); mais lequel des deux, quand le débiteur s'est borné à consentir une hypothèque générale ou une hypothèque sur tous ses biens, sans s'expliquer davantage? Faut-il voir là une hypothèque frappant même les biens à venir. Pour moi, je trouverais beaucoup plus logique de la restreindre aux biens présents; telle a dû être, ce me semble, l'intention des parties; quand on parle de ses biens, n'est-ce pas les biens dont on est actuellement propriétaire qu'on a en vue; et comment supposer que le débiteur ait voulu, sans le dire, frapper d'hypothèque des biens qu'il ne possédait pas encore, et dont il ne pouvait prévoir l'importance? Tel fut, en effet, le système du droit romain à l'époque des jurisconsultes dont les fragments composent le *Digeste*; il fallait, pour que les biens futurs fussent compris dans l'hypothèque, que les parties eussent pris soin de l'exprimer dans la constitution (2). Mais le système contraire prévalut sous Justinien; la simple convention d'hypothèque générale emporta dès-lors hypothèque, même sur les biens à venir, « *cum sit justum*, » dit la loi 9, C. *quæ res pign.*, « *voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspicere*. »

L'hypothèque générale frappe toutes choses qui sont ou seront la propriété du débiteur; elle frappe même les choses que le débiteur reçoit en mu-

(1) Loi 1. Pr. Dig. de pign. et hyp.

(2) Lex cit.

tuum (1), car le *mutuum*, *mutui datio*, rend l'emprunteur propriétaire; ceci paraîtra peut-être fort dur au prêteur, c'est l'application rigoureuse des principes. L'hypothèque générale équivaut à une hypothèque spéciale sur chacun des biens du débiteur, d'où une restriction : l'hypothèque générale ne porte pas sur les choses que le débiteur n'eût pas, selon toute vraisemblance, hypothéqué spécialement; ainsi sa concubine, ses enfants naturels, les esclaves qu'il a fait élever avec le plus de soin, ceux dont les services lui sont le plus nécessaires, ses ustensiles de ménage (*supellex*), ses habits, toutes choses enfin auxquelles il doit tenir particulièrement (2). Elle ne porte pas, bien entendu, sur les biens de l'héritier du débiteur, autres que ceux qu'il a recueillis dans la succession (3).

Mais toute chose qui entre dans le patrimoine grevé d'une hypothèque générale, est frappée de cette hypothèque qui la suit lorsqu'elle en sort, à moins que le créancier n'ait donné son consentement à l'aliénation. Dans ce dernier cas, si, plus tard, elle venait à rentrer dans le patrimoine du débiteur, serait-elle de nouveau frappée d'hypothèque? C'était un vieux sujet de controverse entre les jurisconsultes : les uns disaient que le créancier ayant renoncé à son hypothèque sur la chose, peu importait qu'elle rentrât ou non *in bonis debitoris*; les autres répondaient que le créancier s'était borné à consentir à

(1) Loi 34, § 2. Dig. de pign.

(2) Lois 6, 7 et 8. Dig. de pign.

Loi 1. C. quæ res pign.

(3) Loi 29. Pr. Dig. de pign.

l'aliénation, c'est-à-dire à donner main-levée de l'hypothèque grevant actuellement la chose à son profit, pour que l'acquéreur et ses ayants cause ne fussent pas exposés à être poursuivis à raison de cette hypothèque, mais qu'il n'avait pas entendu rendre à jamais cette chose non susceptible d'hypothèque à son profit, et que, si elle venait à rentrer aux mains du débiteur, elle ne saurait être traitée plus favorablement qu'un bien nouveau qui n'aurait jamais été soumis à l'hypothèque du créancier. Ils soutenaient, par conséquent, qu'elle devait subir le sort commun à tous les biens acquis par le débiteur, être frappée de l'hypothèque générale. Justinien trancha cette controverse en consacrant la première opinion (1); la seconde me semble pourtant bien préférable.

L'hypothèque spéciale ne frappe que les objets déterminés par la convention; il y aura donc lieu souvent à une recherche délicate de l'intention des parties.

En droit, quelques questions se présentent au sujet des accessoires de la chose hypothéquée et de ses modifications.

Et d'abord l'hypothèque du fonds emporte-t-elle hypothèque tacite des fruits? La loi 3 C. *in quib. caus. pign.* nous le dit formellement et en des termes qui présentent cette décision comme un point constant en jurisprudence, et non comme une innovation ou comme la solution d'une controverse. Si maintenant nous supposons le fonds hypothéqué passé aux mains

(1) L. ult. C. de rem. pign.

d'un possesseur de bonne foi, dans quelle mesure ce possesseur pourra-t-il être actionné à raison des fruits ? Il pourra l'être sans difficulté pour tous les fruits perçus après la *litis contestatio*, car, de ce jour, il a cessé de pouvoir invoquer sa bonne foi ; il est averti par le procès qu'il aura peut-être à rendre les fruits qu'il perçoit. Mais pour ceux qu'il a perçus avant la *litis contestatio*, peut-il être poursuivi s'il ne les a pas consommés ? Je réponds avec MM. Pellat (1) et Machelard (2) : que, dans le droit des Pandectes, le possesseur de bonne foi fait définitivement les fruits siens par leur simple détachement indépendamment de toute consommation ; que la loi 1, § 2, de *pign. et hyp.*, qui dit le contraire, est un texte altéré dans lequel le mot *consumptos* a été interpolé par Tribonien pour mettre Papinien d'accord avec les constitutions du Bas-Empire (3), qui consacraient la doctrine contraire à celle de ce jurisconsulte. Il en est de même des mots *nisi exstent* dans la loi 16, § 4, h. t. et des mots *interim* et *penè* dans la loi 48, pr. de *adq. rer. dom.*, autrement cette dernière loi « *bonæ fidei emptor non* »
« *dubiè percipiendo fructus ex aliena re suos interim* »
« *facit quia, quod ad fructus attinet, penè domini loco* »
« *est* » n'aurait aucun sens ; en quoi le possesseur de bonne foi ferait-il les fruits siens par la perception ? En rien absolument ; car, tant qu'il ne les aurait pas consommés, il continuerait d'être, pour les fruits,

(1) Cours de 1851, et comment. de rei vindic., p. 306, suiv. 359 et suiv.

(2) Comment. sur les hypoth., page 177 et suiv.

(3) Loi 22. Cod. de rei vind.

dans la même position que pour le fonds. On peut, à l'appui de notre opinion, se reporter à la loi 25, § 1, D. *De usur. et fruct.*, où nous retrouvons précisément, mais sans interpolation cette fois, la même comparaison que dans la loi 48, entre le propriétaire et le possesseur de bonne foi, au point de vue des fruits; nous y trouvons aussi le possesseur de bonne foi comparé à l'usufruitier et à l'emphytéote : il a, dit la loi, autant de droits *in percipiendis fructibus* que l'emphytéote, il en a plus que l'usufruitier; or, il n'est pas contesté que l'usufruitier, qui a moins de droits que lui, fasse les fruits siens par la perception. Je puis citer encore la loi 28 pr. *De usur. et fruct.* « *statim pleno jure sunt bonæ fidei possessoris,* » et la loi 2 C. *De petit. hæred.* Dans ce système, la loi 1 § 2 *De pign. et hyp.* s'explique naturellement : le créancier peut poursuivre le fonds qui lui est hypothéqué; il ne peut poursuivre les fruits perçus *antè litis contestationem*, car ils ne lui sont pas hypothéqués. Ils n'ont jamais appartenu au débiteur; du jour où ils ont pu appartenir à quelqu'un, c'est à dire du jour où, par leur séparation du fonds, ils ont eu une existence juridique, ils ont appartenu au possesseur de bonne foi. Il n'y a pas à distinguer si les fruits avaient ou non commencé à se former, le fonds étant encore en la possession du débiteur; jamais, en fait de fruits, on n'a considéré que la perception et non la formation. D'ailleurs, si notre loi avait en vue cette distinction, elle ne dirait pas d'une manière générale et absolue « *in fructibus qui nunquam debitoris fuerunt;* » elle dirait : « *in his fructibus....* »

Des esclaves (*ancillæ*) ont été hypothéquées; le part qui naîtra d'elles est-il implicitement compris dans l'hypothèque? Oui, répond le jurisconsulte Paul, loi 29, § 1, D. *De pign. et hyp.*, pourvu qu'il ait appartenu à celui qui a constitué l'hypothèque; s'il était né chez un autre maître, il ne le serait pas. Mais un texte des Sentences du même jurisconsulte, liv. II, tit. 5, § 2, dit que le part n'est hypothéqué avec la mère qu'autant qu'on en est convenu. Enfin la loi 18, § 2, D. *De pign. act.*, qui est encore de Paul, dit au contraire que l'hypothèque de la mère frappe non-seulement le part né chez le maître qui a constitué l'hypothèque, mais aussi celui qui naîtrait chez un autre maître. Il est bien difficile d'admettre que trois textes d'un même jurisconsulte se contredisent aussi complètement; il est plus vraisemblable de supposer qu'ils visent des hypothèses différentes. D'après Cujas, le paragraphe des sentences s'applique au part né avant la constitution de l'hypothèque : pour lui pas de difficulté; ce n'est pas un part, c'est un esclave distinct et indépendant de sa mère. La loi 29 s'applique au part né après la constitution, mais chez un maître autre que le constituant ou son héritier, quand bien même la conception aurait eu lieu chez le débiteur, car l'enfant n'a jamais été *in bonis debitoris*, il n'existe que du jour de sa naissance. Jusque-là il y avait une esclave enceinte, c'est vrai, mais il n'y avait pas deux esclaves : ce n'est que par sa naissance qu'il s'est individualisé, qu'il est devenu capable d'être par lui-même l'objet d'un droit. L'hypothèque tacite du part résultant de

la convention qui a grevé la mère, ne grève donc que les enfants nés chez le débiteur ou son héritier, car les enfants nés après l'aliénation de la mère, n'ayant jamais été la propriété du constituant, il n'a pu les hypothéquer. Voilà le droit rigoureux, mais *benignus est* d'étendre l'hypothèque aux enfants même nés chez les tiers acquéreurs, pourvu qu'ils aient été conçus chez le débiteur, ou que celui-ci ait été propriétaire de la mère pendant la grossesse; c'est ce qu'exprime la loi 18. Sans doute, en principe, ils ne sont pas compris dans l'hypothèque, mais l'action servienne est arbitraire : le juge les y comprendra en vertu de son *arbitrium*. Les termes de la loi 18 ne nous paraissent pas prêter à cette conciliation; ils s'expriment avec toute l'énergie d'une règle, et non avec la réserve d'une *benignior interpretatio* qui propose d'adoucir la rigueur des principes en faveur d'un créancier digne d'intérêt. Je préfère une autre conciliation. Dans les Sentences, il s'agit d'un enfant né avant la constitution de l'hypothèque; dans les lois 18 et 29, d'un enfant né après cette constitution. Est-il né chez le débiteur ou chez son héritier? pas de difficulté, il est frappé d'hypothèque. Est-il né chez un tiers acquéreur, il faut distinguer : s'il a été conçu chez le débiteur ou si sa mère a été *in bonis* du débiteur pendant sa grossesse, il est hypothéqué, voilà la loi 18; sinon, pas d'hypothèque, voilà la loi 29 (1). Remarquons que cette interprétation, qui explique très-bien trois lois si contradictoires en

(1) M. PELLAT.

apparence, est en quelque sorte appelé par le texte de la loi 18. Pour que « *cum suâ causâ partus transeat* », il faut nécessairement supposer le part déjà conçu au moment où la mère passe aux mains d'un tiers acquéreur. Remarquons encore que cette importance attachée à la conception n'est pas imaginée pour les besoins de la cause; nous la trouvons formellement consacrée dans un autre texte : Le part d'une esclave volée peut-il être usucapé? Oui, répond la loi 48, § 3, *De furt.*, s'il a été conçu chez le possesseur de bonne foi; non, s'il l'a été avant le vol ou chez le voleur.

Que dirons-nous du pécule de l'esclave hypothéqué? Il n'est pas compris dans l'hypothèque (1); car le pécule est un bien tout à fait distinct de l'esclave qui en a seulement la gestion, peu importe à quelle époque il a acquis ce pécule à son maître.

La chose acquise avec l'argent hypothéqué n'est pas hypothéquée, ni l'objet acquis avec le prix de la chose hypothéquée (2).

L'alluvion *incrementum latens* fait partie du fonds, c'est le fonds lui-même qui s'augmente insensiblement; elle est donc comprise dans l'hypothèque du fonds (3).

La maison bâtie sur le terrain hypothéqué, et réciproquement le sol qui porte une maison hypothéquée, sont hypothéqués. (4). Si la maison hypothéquée vient à périr, l'hypothèque se conserve sur le

(1) Loi 1, § 1. D. de pign. et hyp.

(2) L. 7, § 1. D. qui pot. in pign. — L. 3, C. in quib. caus.

(3) L. 16, pr. de pign.

(4) L. 21. D. de pign. act.

terrain, c'est une diminution de la chose hypothéquée. Si une nouvelle maison est rebâtie sur ce terrain, l'hypothèque s'y étend, c'est une augmentation de la chose hypothéquée; et le droit du créancier se transmet ainsi, par le sol de l'ancien au nouveau bâtiment (1); mais si la maison a été reconstruite par un possesseur de bonne foi, le créancier sera-t-il tenu de lui rembourser ses frais de reconstruction avant de pouvoir obtenir la possession? La loi 29, § 2. *de pign. et hyp.* n'oblige le possesseur de bonne foi, à restituer qu'autant qu'il aura été remboursé de ses dépenses, jusqu'à concurrence de la plus value; jusque là il repoussera l'action hypothécaire au moyen de l'exception de dol (2). On oppose à cette loi, la loi 44, § 1, *de damn. inf.* qui semble refuser à l'acquéreur de bonne foi le droit de se faire rembourser. Suivant Cujas, il n'y a pas d'opposition entre ces deux textes; en effet, dit-il, le premier parle de frais de reconstruction, le second de frais de réparation, donc il ne se contredisent pas. Si le possesseur a reconstruit, il aura droit d'exiger son remboursement; s'il n'a fait que réparer, il n'y aura pas droit. Mais cette conciliation est tout-à-fait arbitraire, rien ne justifie la distinction que propose Cujas. Aussi admet-on généralement qu'il faut voir là une différence d'opinion entre Paul et Africain, celui-ci plus rigoureux, celui-là plus équitable. Il me semble cependant qu'il est facile de concilier ces deux lois, car elles ne me paraissent pas se rapporter à la même

(1) Lois 35 et 29, § 2, D. de pign.

(2) Loi 14. D. de dol. excep.

question. Qu'est-ce en effet que Paul accorde au possesseur? « *Sumptus in exstrukione erogatos QUATENUS* « *PRETIOSIOR RES FACTA EST;* » qu'est-ce, au contraire, qu'Africain lui refuse? « *impensas quas in refectio-* « *nem fecerit;* » d'où il faut conclure, je crois, que le possesseur de bonne foi aura l'exception de dol, pour se faire tenir compte de la plus value (Paul, loi 29), mais qu'il ne l'aura pas pour obtenir le remboursement intégral de ses dépenses (Africain, loi 44); tout ce qu'il peut exiger du créancier, c'est que celui-ci ne s'enrichisse pas à ses dépens.

On a hypothéqué un fonds avec *quaecumque inducta, invecta, importata, ibi nata, paratave essent* (Loi 32, de Pign.), l'hypothèque ne comprend pas les choses qui ne sont attachées au fond que momentanément.

Prædia et mancipia quæ in prædiis erant (L. 26, § 2, h. t.), cette hypothèque ne frappe que les esclaves qui garnissaient le fonds au jour de la convention et le part de ces esclaves, suivant les règles que nous avons posées; elle ne frappe pas ceux qui auraient été depuis attachés au fonds même en remplacement des anciens. *Prædia et omnem familiam rusticam*, c'est au contraire le fonds garni d'esclaves, c'est-à-dire, avec les esclaves le garnissant au jour de l'action hypothécaire, de même que *grex* (Loi 13, pr.), c'est le troupeau, être collectif tout-à-fait indépendant de chacune des têtes qui le composent et qui sera toujours hypothéqué, encore bien qu'au jour de l'action, il ne reste peut-être pas une seule des têtes qui en faisaient partie au jour de la convention. Il va sans dire que l'on pourrait tout aussi bien, par une con-

vention contraire, hypothéquer individuellement les animaux composant le troupeau; l'hypothèque s'éteindrait par leur mort et non par leur aliénation, car l'hypothèque est un droit de suite.

Un débiteur hypothèque *tabernam* (Loi 34, pr.), quel est l'effet de cette convention? est-elle nulle? elle le serait, si on prenait les mots au pied de la lettre : le locataire d'une boutique, d'un local quelconque, ne peut pas l'hypothéquer; mais ce n'est pas du local qu'il s'agit ici, c'est du fonds de boutique, des marchandises. Nouvelle question : est-ce de toutes les marchandises qui se trouvent actuellement dans la boutique et de toutes celles qui pourront y être apportées plus tard? est-ce seulement de toutes celles qui s'y trouvent actuellement, ou bien encore est-ce seulement de toutes celles qui s'y trouveront au jour où l'action sera intentée? C'est dans ce dernier sens qu'il faut se prononcer. Comment, en effet, donnerait-on au créancier une hypothèque sur les marchandises qui ne se trouvent plus en magasin, lorsqu'il intente son action? il faudrait lui donner un droit de suite sur toutes les marchandises vendues par son débiteur, ce serait rendre le commerce impossible.

L'hypothèque d'un fonds de boutique ne doit donc pas être assimilée à l'hypothèque d'un troupeau. Vous pouvez bien, après avoir hypothéqué votre troupeau, vendre l'excédant des jeunes têtes sur les vieilles à remplacer ou les vieilles que vous aurez remplacées, mais vous ne pouvez aliéner aucune des têtes constitutives du troupeau qui m'a été hypothéqué, sans que

mon droit réel la suive, car c'est une partie de la chose hypothéquée, et nous en dirons autant pour le cas où le débiteur au lieu d'hypothéquer *tabernam* aurait hypothéqué *quæ sunt in taberna*, autrement il ne tiendrait qu'au débiteur d'anéantir le gage de son créancier.

Les choses nouvelles produites par la transformation des choses hypothéquées, ne sont pas soumises au droit de gage. Ainsi une forêt hypothéquée est abattue et transformée en navires, l'hypothèque ne grève pas les navires, à moins de convention spéciale, *quia aliud sit materia, aliud navis* (L. 18, § 3); cette règle cependant souffre quelques réserves; elle ne doit pas être appliquée aux transformations purement immobilières, une maison dont on fait un jardin, un terrain où l'on fait une maison ou bien une pièce de vigne (L. 16, § 2). C'est qu'en effet, la forme a bien été changée, mais il y avait un fonds, il y a toujours un fonds. L'usufruit, au contraire, serait éteint pour un semblable changement, parce que l'usufruit est un droit de jouissance, et que la jouissance a été détruite dans sa substance, tandis que, l'hypothèque étant un droit de préférence sur le prix du fonds, rien ne fait obstacle à ce qu'elle continue d'exister autant que le fonds.

Voilà les principaux cas pour lesquels les lois romaines ont fixé l'étendue de l'hypothèque spéciale, mais, nous le répétons, la règle dominante, c'est la volonté des parties, c'est donc elle qu'il faudra toujours rechercher.

Il peut se faire qu'un créancier ait reçu pour la

même créance une hypothèque spéciale et une hypothèque générale ; il semblerait dès lors qu'il a le même droit sur tous les biens de son débiteur, mais il vaut mieux qu'il ne puisse faire vendre les autres biens qu'en cas d'insuffisance de ceux qui lui ont été spécialement hypothéqués (1), c'est ce qu'on appelle *beneficium excussionis reale*.

**Pour quelles obligations on peut constituer
un gage.**

Le gage, droit accessoire, ne peut exister, nous l'avons dit, qu'autant qu'il a pour base une obligation. Toute espèce d'obligation peut donner lieu à un gage (Loi 5, pr.), peu importe qu'elle soit pure et simple, à terme ou conditionnelle, préexistante, actuellement contractée ou seulement à venir ; peu importe qu'elle soit civile, prétorienne, c'est-à-dire pourvue d'une action par le prêteur, comme le *pactum constitutæ pecuniæ*, ou même naturelle, c'est-à-dire dépourvue d'action et dans laquelle le débiteur ne peut-être contraint à payer, mais dont tous les effets volontaires sont reconnus : ainsi le paiement ne peut en être répété, la constitution d'un fidéjusseur ou d'un gage est valable et donne par conséquent action alors que l'obligation naturelle n'en donne pas.

La loi 14, § 1, nous dit qu'une obligation naturelle suffit pour maintenir le gage ; il ne faudrait pas en

(1) Loi 2. C. de pign. et hyp. — Loi 9. C. de distr. pign.

conclure qu'elle ne suffit pas pour lui donner naissance; la loi 5, pr. vient de nous montrer le contraire. Quels sont donc les cas auxquels la loi 14 fait allusion? Il faut supposer des cas où l'obligation, civile dans le principe, a dégénéré plus tard en une simple obligation naturelle; tel serait le cas où le créancier aurait perdu son action par l'effet d'une plus pétition, ou bien encore celui de l'exception *litis residue*, lorsqu'au lieu de demander en même temps au prêteur action pour toutes ses créances contre un même débiteur, le créancier, en a omis quelque'une, dans ce cas, s'il voulait pendant le cours de la même préture, actionner son débiteur à raison de cette créance, il serait repoussé par l'exception *litis residue* (1); cependant la dette n'a pas été éteinte, elle existe toujours, si bien que la préture finie, le créancier recouvrera son action personnelle, mais jusque-là il en est déchu; reste l'action hypothécaire, de même qu'elle reste malgré l'extinction de l'action personnelle, en cas de plus pétition.

L'obligation naturelle ne saurait être garantie par une hypothèque, quand le refus d'action dont elle est frappée peut être considéré comme étant d'ordre public; c'est le cas des sénatus-consultes Macédonien et Velléien; mais il ne faut pas confondre absolument ces deux cas : quand un tiers avait consenti une hypothèque pour garantie de l'obligation contractée par un fils de famille, devait-on le faire profiter du bénéfice du sénatus-consulte Macédonien, comme le

(1) Gaii, Inst. Comm. IV, § 122.

filis de famille dont il garantissait la dette ? Il faut distinguer : doit-il avoir un recours contre le fils, il sera protégé par le sénatus-consulte, car valider l'hypothèque, ce serait donner, par contre-coup, action récursoire contre le filis de famille, et faire précisément ce que le sénatus-consulte veut empêcher ; si, au contraire, il ne doit pas avoir de recours, parce qu'il a agi *animo donandi*, le sénatus-consulte ne le protège pas. Quand l'hypothèque a été consentie par un tiers, pour garantie de l'obligation qu'une femme a contractée en violation du sénatus-consulte Velléien, elle est toujours paralysée par l'exception du sénatus-consulte, sans qu'il y ait de distinction à faire ; tel est du moins l'avis qui prévalut (1). Pothier explique cette différence entre ces deux sénatus-consultes, en disant que le Velléien a été édicté par intérêt pour les femmes, intérêt qui s'étend jusqu'à ceux qui ont garanti leurs obligations, tandis que le Macédonien a été édicté par haine des usuriers et de ceux qui prêtent aux filis de famille, haine qui s'étend jusqu'à ceux qui facilitent ces prêts. Cette explication peut être vraie, mais elle ne semble pas complètement satisfaisante.

Les obligations absolument nulles ou paralysées par une *perpetua exceptio*, comme les exceptions *doli mali* et *quod metus causa* (2), ne peuvent non plus donner lieu à une hypothèque. Cependant l'hypothèque serait valable si le débiteur connaissait cette

(1) L. 2. D. quæ res pign. — L. 9, § 3. D. de S. C. Maced.

L. 16, § 1. D. ad S. C. Vell. — L. 14. C. ad S. C. Vell.

(2) Just. inst., lib. IV, tit. 13, § 9.

exception et était capable d'y renoncer, car le gage qu'il a consenti pour sa dette en est une ratification, et vaut renoncement à l'exception. Si une chose avait été remise en gage au créancier pour une dette nulle, le constituant pourrait la revendiquer; l'engagement pour une dette nulle est un engagement sans cause.

On peut consentir une hypothèque pour toute dette d'argent ou autre, pour la dette d'autrui comme pour sa propre dette, sauf le cas du sénatus-consulte Velléien; car, dit M. Pellat (sur la loi 5, § 2, Cours de 1851), quand on ne peut pas engager sa personne en se portant fidéjusseur pour la dette d'autrui, on ne peut pas non plus engager sa chose.

Nous avons dit que l'hypothèque pouvait garantir une dette future, une dette conditionnelle. Il faut distinguer alors si l'existence de cette dette dépend d'un événement subordonné à la volonté de l'une des parties; en pareil cas, le gage n'existe que quand la dette a définitivement pris naissance; mais si l'existence de la dette est soumise à un événement indépendant de la volonté des parties, il existe *hic et nunc*, en ce sens que sans pouvoir poursuivre la vente du gage avant l'échéance de la dette, le créancier pourrait, avant même qu'elle existât, agir, ... en cas de gage proprement dit, pour recouvrer la possession de la chose engagée s'il en avait été dépouillé (Loi 14, pr.).

Le gage garantit non-seulement le principal de la dette, mais aussi les accessoires, intérêts et clause pénale, pourvu qu'ils aient été déjà établis lors de la constitution de l'hypothèque; ces accessoires font en

effet partie de la dette hypothécaire, et nous leur appliquons le principe *est tota in toto*, ce qui n'empêche en rien qu'il ne soit parfaitement loisible de ne constituer l'hypothèque que pour partie de l'obligation.

Qui peut constituer un droit de gage.

En première ligne, le propriétaire, à moins qu'il ne se trouve dans un cas où il n'ait pas la libre disposition de son bien (1). Ainsi, le pupille ne peut hypothéquer *sine tutoris auctoritate*; le fils de famille, bien qu'ayant la libre administration de son pécule, ne peut hypothéquer pour autrui, parce qu'il n'a pas le droit de faire de donation; les femmes ne le peuvent pas non plus, à cause du sénatus-consulte Velleïen.

Le copropriétaire peut constituer une hypothèque aussi bien que le propriétaire exclusif; mais il ne peut engager que sa propriété, c'est-à-dire que sa part. Supposons une hypothèque de ce genre, consentie par un copropriétaire pour moitié, le partage survient ensuite, quel sera son effet? Dans notre droit français, le partage est purement déclaratif et l'article 883 du Code Napoléon pose en principe que chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession, c'est-à-dire que l'existence de l'hypothèque dépend de l'événement du partage; si la chose

(1) Loi 1, pr. et § 1. D. quæ res pign.

hypothéquée est attribuée à celui qui a constitué l'hypothèque, elle subsiste ; si non, non, car le constituant n'a jamais été propriétaire des effets non compris dans son lot, il n'a donc pu les grever d'hypothèques. Mais le droit romain n'admettait pas cette fiction ; le partage y était attributif de propriété ; chacun des copartageants acquérait de l'autre, par le partage, la part de propriété indivise qui lui manquait auparavant, pour être propriétaire exclusif des effets compris dans son lot ; de même qu'il lui aliénait sa part sur les effets compris dans l'autre lot ; le partage était un véritable acte d'acquisition et d'aliénation ; donc la part indivise aliénée par l'un des copartageants ne pouvait passer à l'autre que *cum sua causa*, d'où il suit que si la moitié indivise d'un fonds a été hypothéquée, que, plus tard, ce fonds soit partagé par moitié, l'hypothèque ne frappera pas pour le tout la moitié attribuée au copropriétaire qui l'a constituée, mais elle persistera sur la moitié indivise de chacune des moitiés divisées (1).

Il ne suffit pas toujours que la chose hypothéquée ait été *in bonis debitoris* au jour de la convention d'hypothèque, pour être valablement engagée ; s'il s'agit d'une obligation future, il faut que la chose y ait encore été à la naissance de l'obligation (2).

Un possesseur, protégé par la publicienne, m'a consenti une hypothèque ; rigoureusement, cette hypothèque est nulle, car il n'était pas propriétaire, mais seulement en voie de le devenir ; mais le prêteur

(1) L. 7, § 4. Dig., quib. mod. pign.

(2) L. 4. D., quæ res pign.

me couvrira de la même fiction, dont il couvre ce possesseur, et l'hypothèque vaudra. Si le constituant lui-même voulait se prévaloir de ce qu'il n'était pas propriétaire, il serait repoussé par l'exception de dol; contre les tiers, j'aurai une action quasi-servienne fictive sur le modèle de la publicienne, seulement cette action, à la différence de la quasi-servienne ordinaire, ne triompherait pas du propriétaire, elle se briserait comme la publicienne contre son exception *justi domini*.

L'usufruitier peut aussi consentir une hypothèque dans la mesure de son droit, c'est-à-dire qu'il ne peut hypothéquer, comme il ne peut vendre, que l'exercice de l'usufruit; si le nu propriétaire contestait le droit du créancier, celui-ci lui opposerait l'exception *si non convenerit inter creditorem et eum ad quem ususfructus pertinet* (L. 11, § 2). Quant à l'usager, il ne peut hypothéquer, car l'exercice même de son droit est essentiellement personnel et ne peut être aliéné.

Le créancier gagiste peut établir un gage sur son *pignus*, nous reviendrons sur ce point.

L'emphytéote peut grever le *fundus vectigalis*, car il jouit d'une espèce de droit réel, plutôt que d'un simple droit de location, c'est en quelque sorte la propriété sous l'obligation de payer une redevance perpétuelle. La loi 31 suppose que l'on a ajouté au contrat de *vectigal* cette clause qu'à défaut de paiement de la redevance, le fonds retournerait au bailleur. Le preneur a hypothéqué ce fonds, il l'a fait valablement, pourvu qu'il ne cesse pas ses paiements; mais il cesse de payer et le créancier ne paye

pas à sa place, le fonds fait retour au bailleur, conformément à la loi du contrat; on décide qu'alors le propriétaire, usant de son droit, l'hypothèque s'évanouit avec le droit du constituant, *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*; il en serait différemment si le bailleur reprenait le fonds en vertu de son droit de prélation, car il serait alors, comme tout autre acquéreur, l'ayant cause du preneur.

Le superficiaire ressemble à l'emphytéote; le droit civil n'admettait pas de distinction entre la propriété du sol et celle de la superficie; la maison ne fait qu'un avec le sol, *quidquid inœdificatur solo cedit*; de manière que c'est au propriétaire du fonds qu'appartient la revendication de la superficie, et si le superficiaire venait à être dépouillé, il serait obligé de s'adresser, au moyen de l'action *empti* ou *locati*, au propriétaire du fonds pour obtenir de lui qu'il revendiquât ou cédât son action. Le préteur, pour simplifier, donne au superficiaire la revendication utile (1). C'est donc un véritable propriétaire prétorien capable d'hypothéquer (L. 13, § 3).

Le procureur peut hypothéquer les biens de son mandant, s'il en a reçu pouvoir; il le pourrait encore, même sans mandat spécial, s'il était chargé de l'administration des biens d'une personne qui fût dans l'usage d'emprunter hypothécairement (2).

L'administrateur des biens de la république ou d'une communauté hypothèque valablement ces biens,

(1) Lois 73, § 1, 74, 75. D., de rei vindic.

(2) L. 13, § 7, et L. 12. D., de pign. act.

en garantie d'un emprunt fait pour son administration (L. 11, pr.).

Le fils de famille et l'esclave peuvent hypothéquer le pécule dont ils ont la libre administration (1) pourvu, nous le savons, que ce ne soit pas pour autrui, car ils sont capables d'aliéner les choses de ce pécule à titre onéreux, non à titre gratuit.

Les tuteurs et curateurs pouvaient hypothéquer de leur propre autorité les meubles et les *prædia urbana* des pupilles et des fous ; les *prædia urbana*, étant sujets à détérioration, étaient beaucoup moins considérés que les *prædia rustica* ; quant à ceux-ci, ils ne pouvaient être hypothéqués par les tuteurs et curateurs sans un décret du préteur (2). Mais Constantin réduisit les pouvoirs des tuteurs et curateurs en exigeant l'*interpositio decreti* pour les *prædia urbana* et même pour les meubles les plus précieux (3).

Qui peut recevoir un gage.

Le créancier, mais encore faut-il qu'il soit capable de s'obliger. Ainsi un pupille ne peut recevoir de gage sans l'assistance de son tuteur, *propter metum pigneratitiæ actionis* (4).

Un procureur ne peut acquérir le droit de gage pour son mandant ; il peut seulement lui acquérir la possession d'un gage déjà obligé, c'est-à-dire dont la

(1) L. 18, § 4 et 19. h. t.

(2) L. 1, pr. et § 2. D. de reb. cor. qui.

(3) L. 22. C., de adm. tut.

(4) L. 38. D., de pign. act.

convention a été faite par le mandant lui-même (1). On oppose à cette décision la loi 21 pr. D. de pign., qui, supposant une convention d'hypothèque entre mon fermier et mon procureur, ajoute : « *Quasi inter me et colonum meum convenisse videtur* » ; cette loi ne peut s'expliquer qu'autant que le procureur a cédé son action au mandant. Rappelons ici que, sous Justinien, il était un cas, celui du *mutuum*, où l'on pouvait acquérir l'action hypothécaire *per procuratorem* (2).

L'*adjectus solutionis causa*, son nom l'indique, n'a de pouvoir qu'à l'effet de recevoir paiement ; le débiteur qui lui aurait donné un gage pourrait le redemander, même sans payer (Loi 33.).

Quelles choses peuvent être hypothéquées.

La loi 9, § 1, nous dit : « *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest* » ; cette règle doit être entendue avec réserve, en ce sens que les choses qui peuvent faire valablement l'objet d'un contrat de vente, peuvent aussi faire valablement l'objet d'un contrat réel de gage. Ce contrat procurera au créancier la possession de la chose et donnera naissance aux deux actions pignoratitienes, directe et contraire. Voilà dans quelle mesure la chose d'autrui peut être engagée ; la *pignoratio*, dont parle la loi, n'est donc pas le gage ou plutôt l'hypothèque avec tous ses effets, c'est la simple détention de la chose. On peut s'obliger par cette pi-

(1) L. 11, § 6. h. t.

(2) L. 2. C. per quas pers.

ignoratio, mais on ne peut donner au créancier aucun droit réel sur la chose d'autrui, c'est-à-dire qu'on ne peut l'hypothéquer ; cependant on peut la vendre. Pourquoi ne peut-on pas conférer un droit réel de gage ou d'hypothèque sur toute chose qu'on peut vendre ? C'est que la vente ne donne pas de droit réel, elle ne produit qu'une simple obligation. On peut s'obliger à procurer une chose et à faire en sorte que le créancier ne soit pas troublé dans sa possession, bien que la chose appartienne à autrui, mais on ne peut pas donner à son créancier des droits que l'on n'a pas soi-même.

La chose d'autrui peut-être hypothéquée dans quelques cas exceptionnels. Ainsi : Avec le consentement ou la ratification du maître ; s'il y a eu consentement, c'est comme si l'hypothèque était constituée par le maître lui-même ; s'il n'y a eu que ratification postérieure, c'est encore la même chose, *ratihabitio mandato æquiparatur* ; le consentement peut être exprès ou tacite, direct ou indirect ; on peut l'induire des circonstances de la cause (1), même d'une simple réticence frauduleuse (2). Dans une constitution d'hypothèque générale comprenant même les biens à venir du constituant, lesquels sont, à ce moment, la propriété d'autrui, et dans une constitution d'hypothèque spéciale conditionnelle. Quand la chose est due au débiteur (3), Les biens d'un captif pour faire l'argent de sa rançon (4).

(1) L. 26, § 1. D., de pign. et hyp.

(2) L. 2. C., si aliena. res. pign.

(3) L. 1, pr. D., de pign. et hyp.

(4) Nov. 118, cap. 3, § 13, in fine.

Si j'ai hypothéqué la chose d'autrui, acte nul, puis que j'en devienne plus tard propriétaire, même *ex nova causa*, le créancier aura une action utile s'il ne savait pas que la chose fût à autrui; mais, s'il le savait, on ne pourrait guère lui accorder cette action; il aura seulement, s'il possède le gage, un droit de rétention en vertu duquel il m'opposerait avec succès l'exception de dol, si je revendiquais contre lui. Telle est, du moins, la loi 1, pr. de Papinien. On a voulu voir une décision différente dans la loi 41, au Digeste de *pign. act.*, et dans la loi 5, C., *si alien res pign.*, qui n'exigent pas formellement pour octroyer l'action utile au créancier qu'il ait ignoré que la chose fût à autrui; on a même contesté l'existence de cette distinction dans la loi 1, mais il suffit de lire ce texte : « *Difficilius creditori qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur* », pour être convaincu que le jurisconsulte ne confondait pas dans une même décision le créancier de bonne ou de mauvaise foi. Quant aux lois 41 et 5, elles s'accordent très-bien avec la loi 1; la loi 41 suppose, en parlant du débiteur : « *Ut ex suo mendacio arguatur* »; or, de quel mensonge git-il, sinon de celui qu'il a fait au créancier, en se présentant comme propriétaire de la chose hypothéquée. La loi 5 dit : « *Æquitatem facere ut facile utilis persecutio detur utilis* »; or l'équité ne l'exige qu'autant que le créancier était de bonne foi (1).

Supposons maintenant que c'est le propriétaire qui est devenu héritier de celui qui a hypothéqué s.

(1) MACHELARD, Comment. sur les hyp., page 114 et suiv.

chose; la loi 22, D. *de pign. et hyp.*, accorde, dans ce cas comme dans le précédent, une action utile au créancier; mais elle est contredite par la loi 41, D., *de pign. act.*, qui refuse l'action utile; car il ne suffit pas, dit-elle, que les deux qualités de débiteur et de propriétaire se trouvent réunies sur la même tête. De nombreux systèmes ont été proposés pour concilier cette antinomie.

Premier système : Modestin, dans la loi 22, donne au créancier non pas la *pignoris persecutio*, mais l'action *pignoratitia contraria*; il n'y a donc pas de contradiction, puisque les deux textes ne parlent pas de la même action. Mais l'action *pignoratitia* naît du contrat de gage, contrat réel qui ne se forme que par la mise en possession; or, Modestin ne suppose pas une mise en possession, mais une simple convention d'hypothèque, *pignori obligaverit* et non *pignori dederit*. D'ailleurs le *Digeste* consacre un titre à l'action *pignoratitia*; quant au titre : *De pign. et hyp.*, c'est de l'action hypothécaire qu'il s'occupe; peu importe que la loi dise : *Utilis pignoratitia*, nous savons que l'action hypothécaire était souvent désignée sous ce nom.

Deuxième système : Modestin accorde au créancier l'action hypothécaire utile, mais ce n'est pas contre le propriétaire héritier du constituant, c'est seulement contre les tiers; il n'est donc pas en désaccord avec Paul, qui, dans la loi 41, la refuse contre le propriétaire; mais sur quoi se fonde cette distinction? n'est-elle pas tout à fait imaginaire?

Troisième système : Paul ne refuse pas l'action hypothécaire au créancier, il se borne à faire remarquer

que l'on ne peut pas dire la même chose *non est idem dicendum*, que quand c'est celui qui a constitué l'hypothèque, qui devient l'héritier du propriétaire, pour expliquer comment l'action hypothécaire est donnée, et que ce n'est pas pour le même motif qu'elle est donnée. Mais la loi est trop formelle pour se prêter à cette conciliation. Il faut torturer le texte pour y arriver.

Quatrième système : la loi 41 examine la question au point de vue du droit rigoureux, et refuse l'action ; la loi 22, au contraire, se plaçant au point de vue de l'équité, accorde une action utile ; mais dans la loi 41, comme dans la loi 22, il s'agit d'accorder ou de refuser une action utile ; les deux lois se placent donc au point de vue de l'équité.

Cinquième système : dans la loi 22, l'hypothèque a été constituée *domino ignorante*, à l'insu du propriétaire ; dans la loi 41, elle a été constituée *sine domini voluntate*, contre le gré du propriétaire, c'est-à-dire malgré lui ; mais *sine domini voluntate* n'est pas synonyme de *contra domini voluntatem* ; ce n'est pas contre la volonté, c'est sans la volonté du propriétaire, c'est-à-dire bien plutôt, comme dans la loi 22, à son insu que malgré lui.

D'autres enfin ont proposé soit de déplacer la virgule qui dans la loi 41 sépare les mots *sine meo voluntate* et *heredes exstitero* pour la reporter immédiatement après les mots *qui rem meam obligaverat* ; soit d'intercaler dans cette loi des points d'interrogation après chaque proposition contredite par Modestin ; soit encore d'ajouter une négation à la loi 22 ; mais il

n'est pas permis de dénaturer ainsi le texte pour l'interpréter. Ne vaut-il pas beaucoup mieux, en présence de cette multiplicité de systèmes dont aucun ne satisfait parce qu'ils reposent tous sur des données purement arbitraires, reconnaître que les lois 22 et 41 se contredisent; d'autant mieux, comme le fait remarquer M. Pellat, que cette contradiction s'explique : Paul et Modestin ne sont pas contemporains ; ce qui n'était pas encore admis au temps de Paul put l'être au temps de Modestin ; c'est ainsi que Paul, tout en accordant l'action hypothécaire utile contre le constituant devenu propriétaire, la refusait contre le propriétaire devenu héritier du constituant, parce que si l'héritier succède aux obligations de son auteur, ce n'est pas une raison pour qu'il soit grevé du chef de la succession, de droits réels que son auteur n'avait pas le pouvoir de constituer. Modestin, au contraire, accordait dans les deux cas l'action utile, peut-être, dit M. Machelard, par analogie avec la vente faite par un *non dominus* de la chose de son héritier, bien que cette analogie ne soit qu'apparente, puisque la vente produit une obligation, tandis que la convention d'hypothèque produit un droit réel. Une autre considération qui contribue à rendre vraisemblable une divergence d'opinions entre les deux jurisconsultes, c'est que la loi 22 est tirée des *libri differentiarum* de Modestin, ouvrage dont le titre indique des questions délicates sur lesquelles les jurisconsultes devaient souvent ne pas se trouver d'accord (1). Si l'on se de-

(1) M. PELLAT, Cours de 1851. — M. MACHELARD, Comm. sur les hyp. pages 116 et suiv. C'est aussi l'avis de Cujas et Pothier.

mande maintenant comment ces opinions contradictoires ont trouvé place toutes deux dans les Pandectes, on ne devra voir là qu'une inadvertance des compilateurs, dont leur travail n'offre que trop d'exemples.

Disons, avant de passer à un autre sujet, que le fait d'hypothéquer sciemment la chose d'autrui est un stellionat, délit que les lois romaines, moins indulgentes que les nôtres, punissaient et très sévèrement. Ainsi les mines pour les *humiliores personæ*, la relégation temporaire pour les personnes d'une condition plus élevée (1). Le possesseur qui avait droit à la publicienne n'était pas stellionataire pour avoir hypothéqué la propriété d'autrui, puisque nous lui en avons reconnu le droit.

Le créancier doit, en général, prouver que la chose hypothéquée était *in bonis debitoris* au jour de la convention d'hypothèque. Nous venons déjà de voir quelques exceptions à cette règle, à propos de la chose d'autrui : en voici une nouvelle : On peut engager les choses qui n'existent pas encore, mais qui doivent exister plus tard ; ainsi les fruits pendants, le part ou le croît à naître, et cet engagement peut émaner d'un propriétaire ou d'un usufruitier (loi 15 pr.) ; mais il faut au moins que le fonds, l'esclave ou le troupeau soit *in bonis debitoris* au jour de la convention (2).

On peut recevoir en gage ce qu'on ne pourrait acquérir, quand c'est par position personnelle qu'on est frappé de cette incapacité (loi 24). Ceci se réfère aux présidents des provinces qui ne pouvaient acheter

(1) Loi 3, § 2. Dig., stell.

(2) Loi 11, § 3. D, qui pot. in pign.

d'immeubles dans l'étendue du territoire soumis à leur administration. Une double pensée avait dicté cette prohibition : on craignait qu'ils n'abusassent de leur autorité pour se faire vendre ces biens à vil prix ; on craignait aussi qu'après avoir acquis des domaines considérables dans leur province, ils ne s'y érigeassent en quelque sorte en princes. Les mêmes raisons n'existent pas pour leur défendre de recevoir hypothèque, l'hypothèque ne donne pas pouvoir de devenir propriétaire, mais de vendre pour être payé, et l'intérêt du créancier n'est pas que la vente se fasse à vil prix, au contraire.

L'engagement des choses incorporelles est contraire aux principes du droit primitif, car elles ne sont pas susceptibles de possession ; mais le prêteur admet la quasi-possession qui en tient lieu. D'ailleurs, en introduisant l'hypothèque, il dispensa de toute possession. On peut donc hypothéquer même les choses incorporelles.

L'usufruit (loi 11, § 2), mais le but de l'hypothèque étant la vente, ce n'est pas le droit d'usufruit lui-même qu'on peut hypothéquer, puisqu'on ne peut le vendre, c'est seulement l'exercice de ce droit. Ceci est vrai pour l'hypothèque de l'usufruit par l'usufruitier. Mais le propriétaire peut fort bien hypothéquer le droit d'usufruit lui-même ; le créancier alors ne deviendra pas usufruitier, il pourra seulement recueillir les fruits, si le droit lui en a été accordé ; mais à défaut de paiement à l'échéance, il vendra l'usufruit et l'acquéreur sera usufruitier ; ce que le propriétaire hypothèque, c'est donc un droit d'usufruit à constituer sur la tête de l'acquéreur.

Les servitudes (loi 11, § 3, et loi 12); il faut distinguer parmi les servitudes prédiales les servitudes *prædiorum urbanorum*, qui ne peuvent être hypothéquées, et les servitudes *prædiorum rusticorum* qui peuvent l'être. Nous ne parlons pas ici, bien entendu, de l'hypothèque de la servitude comme accessoire de l'hypothèque du fonds dominant, car alors, ce n'est pas la servitude qui est hypothéquée, c'est le fonds tel qu'il se compose de la servitude qui existe au profit de ce fonds fait partie de sa manière d'être : *quid aliud sunt jura prædiorum quàm prædia qualiter se habentia ut bonitas, salubritas, amplitudo?* (1) Quand le fonds est hypothéqué, la servitude urbaine aussi bien que la servitude rurale l'est implicitement. Nous parlons de l'hypothèque de la servitude seulement. Peut-on hypothéquer isolément une servitude? S'il s'agit d'une servitude constituée, déjà existante, non, sans difficulté. La servitude, nous venons de le dire, fait partie de la manière d'être des fonds entre lesquels elle existe. Comment concevoir qu'elle soit hypothéquée et vendue sans le fonds dominant? Ce n'est donc pas ainsi que les servitudes peuvent être hypothéquées; ce que l'on peut hypothéquer, c'est une servitude à constituer sur son fonds, de la même manière que le propriétaire peut hypothéquer l'usufruit. La servitude ne sera pas constituée au profit du créancier hypothécaire, il peut ne pas avoir de fonds voisin de celui de son débiteur; s'il en a un, le débiteur pourra lui concéder provisoirement la jouis-

(1) Loi 86. Dig. de verb. sign.

sance du droit qui fait l'objet de la servitude hypothéquée, mais la servitude elle-même ne sera pas établie au profit de son fonds, autrement il ne pourrait plus la vendre; ce n'est qu'à défaut de paiement et après la vente qu'elle sera définitivement constituée au profit du fonds dont le propriétaire s'en sera rendu acquéreur. Pourquoi les servitudes urbaines ne sont-elles pas susceptibles d'hypothèque comme les servitudes rurales? parce qu'elles ne sont pas susceptibles de vente. Il est vrai que les servitudes rurales ne s'y prêtent guère mieux; cependant elles peuvent encore se vendre plus facilement, car un droit de passage, de pacage, d'aqueduc peut être acheté par tout voisin, tandis qu'un *jus tigni immitendi*, par exemple, ne peut appartenir qu'au seul propriétaire qui touche immédiatement le mur sur lequel pèse cette servitude.

Militiæ; les offices aliénables et transmissibles héréditairement.

Les créances; l'hypothèque des créances offre cette particularité remarquable qu'elle ne donne pas d'action réelle; la nature des choses, en effet, ne comporte pas là de revendication. Une créance hypothéquée est comme cédée; si le créancier hypothécaire n'est pas payé à l'échéance, il poursuivra le débiteur de son débiteur, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle les deux créances se rencontrent, soit comme mandataire de son débiteur, *procurator in rem suam*, soit même en son nom personnel au moyen de l'action utile de la créance (loi 20), ou bien encore il vendra la créance hypothéquée, et l'acheteur

aura pour se faire payer la même action utile qu'aurait eu son vendeur. En tout cas, le débiteur du débiteur ne peut être poursuivi qu'autant que les deux créances sont actuellement échues et qu'il n'a pas payé à son propre créancier avant d'avoir reçu du créancier hypothécaire notification du *pignus nominis* (1). Si le créancier qui a donné sa créance en gage voulait, nonobstant cet engagement, en exiger l'acquittement, le débiteur aurait une exception pour repousser sa demande. Si la créance hypothéquée a pour objet une somme d'argent, le créancier gagiste, après en avoir obtenu le paiement, compensera la somme ainsi reçue avec sa créance; si elle a pour objet autre chose qu'une somme d'argent, il gardera cet objet *pignoris loco* (2). La créance hypothéquée peut être elle-même une créance hypothécaire, et l'hypothèque de cette créance entraîne nécessairement alors hypothèque de l'hypothèque qui la garantit. Le créancier du créancier aura l'action quasi-servienne utile comme l'action utile de sa créance; on peut, en effet, dire de l'hypothèque vis-à-vis de la créance qu'elle protège, ce que nous disions tout à l'heure de la servitude vis-à-vis du fonds dominant : l'hypothèque est une qualité de la créance, *nomen qualiter se habens*.

A ces choses incorporelles, susceptibles d'hypothèque, faut-il ajouter le droit de gage? Nul doute que le *pignus pignoris* ne soit admis; mais quelle est la portée de cette hypothèque? est-ce le gage en tant

(1) Loi 4. C. *quæ res pign.*

(2) Loi 18, pr. D. de *pign. act.*

que droit incorporel, est-ce la chose corporelle grevée du gage que frappe le *pignus pignoris*? Si nous consultons les textes, nous y verrons que c'est toujours *res pignolata*, ce n'est jamais *jus pignoris* qu'ils nous montrent hypothéqué (1). Le gage a conféré au créancier un droit réel sur la chose; en vertu de ce droit réel, il l'affecte à son tour d'un nouveau gage, mais il ne peut l'en grever que dans les limites de son propre droit; par conséquent, le créancier du créancier ne peut faire vendre à défaut de paiement, qu'autant que les deux dettes sont actuellement exigibles et impayées, c'est-à-dire que le paiement que recevrait le créancier, en éteignant son hypothèque, éteindrait aussi celle qu'il a constituée, « *secundi pignoris neque persecutio dabitur neque retentio relinquetur* », dit la loi 40, § 2, Dig., de *pign. act.* « *Secundi pignoris* », c'est donc bien un second gage sur la chose (2). C'est une question controversée entre les commentateurs qui voient dans le *pignus pignoris* l'engagement du droit incorporel d'hypothèque, que celle de savoir si l'hypothèque sur l'hypothèque emporte hypothèque sur la créance. S'il en était ainsi, le créancier gagiste aurait, comme nous venons de le dire, une action utile contre le débiteur de son débiteur, avec le droit d'empêcher, par une dénonciation de l'hypothèque établie à son profit, que le paiement pût être valablement fait en d'autres mains que les siennes; mais

(1) Loi 13, § 2. D. de *pign. et hyp.*

Loi 14, § 3. D. de *div. temp. præsc.*

Loi 1 et 2, C. si *pign. pign.*

(2) PELLAT, Trad. de SCHILLING, page 18, obs.

pour nous qui faisons porter le *pignus pignoris* sur la chose hypothéquée et non pas sur un droit, nous ne pensons pas, en l'absence de texte qui le décide, que, pour avoir consenti à son créancier une hypothèque sur la chose hypothéquée, on ait suffisamment manifesté l'intention de lui hypothéquer sa créance même, c'est-à-dire, nous le savons, de s'en dépouiller, de la lui céder.

Pour les droits d'emphytéose et de superficie, même question : est-ce le droit incorporel, est-ce la chose qui est hypothéquée ? Les textes relatifs à ce sujet supposent que l'on a hypothéqué *vectigale prædium* (1), *superficiem in alieno solo positam* (2), *fundum vectigalem* (3), c'est-à-dire toujours la chose corporelle, jamais le droit lui-même.

Quelles choses ne peuvent être hypothéquées.

On ne peut hypothéquer les choses qui ne peuvent être vendues ; ainsi les choses qui sont hors du commerce, les choses de droit divin comme un terrain religieux, les hommes libres (et le créancier qui aurait sciemment consenti à recevoir un gage de ce genre, serait puni de la relégation (4) ; la nouvelle 134 le déclare, de plus, déchue de sa créance, et le condamne à payer égale somme à l'homme libre qui a été ainsi indûment

(1) Loi 16, § 2. D. de pign. act.

(2) Loi 15. D. qui pot. in pign.

(3) Loi 31. D. de pign. et hyp.

(4) Loi 5. D. quæ res pign.

PAUL. Sent., lib. 5, tit. 1, § 1.

hypothéqué); cependant la loi 20 C. de *postlim. rev.*, établit une sorte de droit de gage sur l'homme libre, *ab hostibus redemptus*, jusqu'à ce qu'il ait remboursé sa rançon ou qu'il se soit libéré par un travail de cinq ans.

D'autres choses, sans être hors du commerce, ne peuvent être hypothéquées, telles sont : Les choses litigieuses; c'est du moins ce que pensent Scaevola, Octavenus et Marcien (loi 1, § 2, D., *quæ res pign.*); le créancier hypothécaire serait repoussé par l'exception *rei litigiosæ*. Mais Gaius (loi 18, D. de *rei vind.*) dit le contraire. On peut supposer que, dans cette loi, Gaius avait en vue une cause pour laquelle la chose aurait pu être aliénée : *dotis nomine, vel antè nuptias donationis vel transactionis aut divisionis rerum hæreditariarum factæ* (1). Et toutes autres choses dont l'engagement est défendu par une loi, par l'ordre du magistrat, la volonté d'un testateur ou la convention des parties. Citons, en terminant, l'espoir du prix à gagner par un athlète : on craignait, dit Pothier, que les athlètes ne combattissent avec moins d'ardeur pour conquérir un gage à leur créancier, que pour gagner un prix qu'ils n'auraient pas déjà escompté par avance.

Droits et actions du créancier gagiste.

L'hypothèque confère au créancier des droits qui peuvent se formuler en trois points : 1° droit de suite;

(1) Loi 4, § 1, in fine C. de litig.

2° droit de vendre; 3° droit de préférence sur le prix.

Droit de suite. — L'hypothèque est un droit réel, un démembrement de la propriété, l'aliénation de la chose hypothéquée n'y porte donc aucune atteinte; car ce n'est pas une obligation personnelle qui ne soit opposable qu'au débiteur, c'est un droit qui existe envers et contre tous, et qui permet au créancier d'agir contre tout détenteur. Il est vrai que le droit civil ne lui donne pour le faire aucune action, la *pigneratitia* n'a pas ce but : née seulement de la *pignoris datio*, elle ne garantit que les obligations personnelles et réciproques auxquelles donne ou peut donner lieu la remise du gage. Mais la convention d'hypothèque, avec le droit réel qui en résulte, est une institution prétorienne, c'est le préteur qui lui a donné une action. Toujours est-il que le créancier a une action réelle, une *pignoris vindicatio*, comme le propriétaire a une *rei vindicatio*; cette action, nous le savons, c'est l'action servienne ou quasi-servienne au moyen de laquelle tout détenteur peut être contraint à payer ou délaisser. Outre ce nom d'action servienne qu'elle tient du préteur qui l'a créée, les textes lui en donnent un grand nombre d'autres : action hypothécaire, *vindicatio* ou *persecutio pignoris*, *persecutio hypothecaria*, *pigneratitia in rem actio*, quelquefois *pigneratitia utilis*, nom que l'on rencontre plutôt dans les cas où l'action ne devrait rigoureusement pas être donnée et ne l'est qu'*utilitatis causa*; quelquefois même simplement *pigneratitia*, bien que ce nom soit celui d'une toute autre action, comme je viens de l'expliquer. L'action servienne appartient non-seulement au pre-

mier créancier hypothécaire, mais aussi aux créanciers hypothécaires subséquents. Elle peut être intentée contre tout possesseur et contre toute personne ayant cessé, par dol, de posséder, soit contre le constituant, soit contre un tiers détenteur, soit même contre un créancier hypothécaire postérieur; elle ne saurait l'être contre un créancier hypothécaire antérieur ou contre un ayant cause de ce créancier (1), à moins qu'il n'ait consenti à la constitution d'hypothèque. Resterait alors à apprécier en fait entre ce créancier et le débiteur ou les autres créanciers s'il a entendu, par son consentement, céder seulement son rang ou renoncer tout à fait à son hypothèque (2).

Celui qui intente l'action servienne doit, pour réussir, justifier d'un droit valable de gage ou d'hypothèque; il devra donc prouver vis-à-vis de tout défendeur qu'il est créancier, et qu'une hypothèque lui a été constituée en garantie de sa créance, que le constituant avait le droit de lui consentir cette hypothèque, c'est-à-dire, ordinairement, qu'il avait la chose *in bonis* au jour de la convention, à moins qu'il ne s'agisse d'une hypothèque générale, car il suffirait alors de prouver qu'il l'a eue depuis; enfin que le défendeur possède, *vel dolo fecit quominus possideat*, (loi 16, § 3); si le défendeur est lui-même créancier hypothécaire, le demandeur devra prouver en outre son droit de préférence, mais le demandeur n'aura jamais à prouver qu'il a possédé, car la servienne

(1) Loi 12, § 7. D. qui pot. in pign.

(2) Lex cit. § 4.

est aussi bien donnée pour l'hypothèque que pour le gage; il y a même mieux, nous l'avons déjà dit, c'est qu'elle a été introduite pour l'hypothèque, et ce n'est que par extension qu'elle a été accordée aussi pour le gage.

L'action servienne est une action arbitraire, le *jussus* est restituer ou payer, *nisi restituat aut solvat*, dit la formule; ainsi la servienne étant intentée, diverses hypothèses peuvent se présenter.

Si le défendeur ne possède pas la chose hypothéquée, *neque dolo fecerit quominus possideat*, il sera absous.

S'il possède la chose, l'action étant arbitraire, le juge, avant condamnation, ordonnera au défendeur de payer la dette ou restituer la chose; s'il consent à remettre la chose ou à payer la dette, il sera absous; s'il s'y refuse, une condamnation s'en suivra; s'il consent à restituer, mais qu'il ne puisse le faire, parce que l'objet du gage est au loin dans les provinces, on lui fera promettre sous caution, s'il y a lieu, qu'il restituera, puis il sera absous; l'action hypothécaire est ainsi consommée, mais il peut arriver qu'il ne fasse pas honneur à sa promesse; le créancier aurait alors contre lui l'action personnelle *ex stipulatu*.

S'il a cessé par dol de posséder, et s'est mis ainsi dans l'impossibilité de restituer, il sera condamné.

Mais, quand le défendeur doit être condamné, quelle doit être la condamnation? Nous nous trouvons, sur ce point, en présence de deux textes contradictoires: la condamnation, nous dit la loi 16, § 3, sera

fixée, non par le juge, mais par le demandeur lui-même, comme dans toutes les actions réelles, au moyen du *jusjurandum in litem*; il semblerait beaucoup plus simple de condamner au montant de la dette, mais, répond la loi, à quoi servirait alors d'avoir une action réelle si elle menait au même résultat que l'action personnelle? La loi 21, § 3, décide autrement : elle distingue si le défendeur est le débiteur ou un tiers. Si c'est un tiers, d'accord; il pourra être condamné, même au-delà du montant de la dette; seulement le créancier sera obligé, par l'action pignoratitienne directe, de remettre l'excédant au débiteur, car, la dette payée, il n'a le droit de rien retenir du gage. Si c'est le débiteur, la condamnation ne pourra excéder la dette; que signifierait, en effet, une condamnation supérieure, puisque le débiteur aurait le droit d'exiger que l'excédant lui fut restitué?

On a proposé deux systèmes pour concilier cette antinomie. Le premier pense que la loi 16, ne parle pas du débiteur, mais seulement des tiers détenteurs, dès lors il y aurait accord parfait entre les deux lois; mais le texte de la loi 16 repousse cette interprétation, puisque notre paragraphe suppose qu'on aurait pu agir *in personam* contre le défendeur, ce qui n'est possible qu'autant que ce défendeur est le débiteur. D'ailleurs le paragraphe le dit en propres termes : « *Si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus quam computatio sortis et usurarum faciebat*, » et il ne peut pas se plaindre si la condamnation est plus forte que sa dette, c'est le résultat de son dol. Le second suppose que c'est par erreur du juge qu'une con-

damnation plus forte peut être prononcée contre le débiteur, supposition qu'une simple lecture de la loi 16, § 3, rend tout-à-fait inadmissible. Il faut donc nous résigner à voir encore là une divergence d'opinions entre Marcien et Ulpien, divergence purement théorique, du reste, car, sur le terrain de la pratique, les deux jurisconsultes suivaient les mêmes errements, comme nous le montre le § 6 de la loi 16, dont nous citons tout à l'heure les premiers mots. Marcien s'y demande si le débiteur qui a été condamné au delà de la dette, peut encore s'affranchir de l'hypothèque, en payant simplement le montant de cette dette ? D'après la rigueur des principes et l'autorité de la sentence, il n'en pourrait être ainsi, car il ne s'agit plus de l'ancienne dette, mais d'une dette nouvelle née du jugement *sed humaniùs est* ; d'admettre que le débiteur sera libéré de l'hypothèque en payant simplement ce qu'il doit en réalité. L'action *judicati* existe-t-elle pour le surplus ? la loi est muette sur ce point ; mais il me semble conforme à son esprit d'étendre la même décision à cette action.

Lorsque le créancier a fait constater son hypothèque par un jugement, et que le défendeur a été absous comme ne possédant et n'ayant pas cessé par dol de posséder, si la chose vient plus tard aux mains du défendeur absous, comment le créancier l'obtiendra-t-il ? il n'a pas la revendication, n'étant pas propriétaire ; s'il intente de nouveau l'action hypothécaire, le défendeur lui opposera l'exception *rei judicate* ; mais il paralysera l'effet de cette exception par la réplique, si *secundùm me judicatum non est*.

Outre l'action servienne contre tout détenteur des choses hypothéquées, le créancier a l'action personnelle de sa créance contre son débiteur seulement; contre les tiers, il n'a pas d'action personnelle, car ils ne sont pas obligés envers lui; ils peuvent le payer, si bon leur semble, pour éviter une condamnation et se dispenser de restituer la chose hypothéquée; mais c'est là une simple faculté pour eux. Jusqu'à Justinien, le créancier fut maître d'actionner d'abord à son gré, soit le débiteur par l'action personnelle, soit le possesseur par la servienne; deux constitutions des empereurs Dioclétien et Maximien en consacrent formellement le droit (1); Justinien réglementa ce point, il établit au profit du tiers détenteur un bénéfice de discussion préalable du débiteur et de la caution, *beneficium excussionis personale* (2). Mais il ne l'établit qu'au profit des tiers détenteurs; le créancier ne saurait donc être contraint d'agir d'abord personnellement, si c'est contre le débiteur et non contre un tiers détenteur qu'il intente l'action hypothécaire.

A partir de quel moment la servienne peut-elle être intentée? Elle peut l'être, aux termes de la loi 14 pr., même avant l'échéance de la dette, car le créancier y a intérêt; mais la loi 5, § 1, D. *quib. mod. pign.* décide la question tout autrement; car, dit-elle, l'action hypothécaire est implicitement soumise aux mêmes termes que l'exigibilité de la créance. Au

(1) Lois 14 et 24. C. de pign. et hyp.

(2) Nov. 4. cap. 2.

reste, la conciliation nous paraît facile : la loi 14 donne la servienne avant l'échéance au créancier gagiste, la loi 5 la refuse au créancier hypothécaire ; la teneur des deux lois est tout à fait favorable à cette conciliation.

Si l'hypothèque garantit une dette conditionnelle, la servienne ne peut être intentée avant l'accomplissement de la condition ; car, jusque-là, il n'y a pas de dette, ni par conséquent d'hypothèque. Si le créancier agissait cependant, le débiteur serait absous. Mais la condition peut se réaliser plus tard ; le créancier pourrait-il alors agir de nouveau par la servienne ? On décide qu'il le pourrait ; car, lorsqu'il a été débouté de sa demande, l'action hypothécaire à son profit n'existait pas encore : il n'a donc pu l'épuiser.

Si la dette est pure et simple, et l'hypothèque conditionnelle, et qu'à défaut de paiement à l'échéance le créancier ait agi hypothécairement, *antè conditionem*, rigoureusement le débiteur doit être absous. Mais le juge, en vertu de son *arbitrium*, le forcera d'abord à donner caution qu'il restituera la chose hypothéquée, s'il n'a payé avant que la condition se soit réalisée (loi 13, § 5).

La servienne se prescrit contre les tiers détenteurs par le temps ordinaire de la prescription des actions. C'est ce que porte une constitution de Théodose-le-Jeune, insérée au Code (loi 3, *De præsc.* XXX, *vel XXXX ann.*) ; elle pouvait même se trouver prescrite plus tôt, si le possesseur avait, avant ce délai, acquis la chose hypothéquée par la *præscriptio longi*

temporis (1), avantage immense de cette *præscriptio* sur l'*usucapio*. Sans doute l'*usucapio* rendait le possesseur propriétaire *ex jure quiritium*, ce que la *præscriptio* ne faisait pas; mais elle était complètement inefficace contre le créancier hypothécaire (2), *pignoris et enim causam nec usucapione perimi placuit* (loi 1, § 2). Sans doute le *præscriptio longi temporis* ne donnait pas au possesseur la propriété quiritaire; mais elle le mettait à l'abri de toute attaque aussi bien du créancier hypothécaire que du propriétaire, *quoniam quæstio pignoris ab intentione domini separatur* (loi 1, § 2). Que l'on ne s'étonne pas de voir l'*usucapio*, capable de déplacer la propriété, être impuissante à détruire un simple droit d'hypothèque : l'hypothèque, nous l'avons dit souvent, est un démembrement de la propriété, une fois que le débiteur a aliéné au profit du créancier cette fraction de sa propriété, il n'a plus le pouvoir d'en disposer, soit directement, soit indirectement, en laissant *usucaper*. D'ailleurs l'*usucapio* ne doit pas produire plus d'effet qu'un titre d'acquisition valable *ab initio*, puisqu'elle a précisément pour résultat d'effacer le vice du titre d'acquisition.

L'action hypothécaire est donc prescriptible au profit des tiers détenteurs, mais à leur profit seulement. Si le créancier agissait contre le débiteur ou ses héritiers, on ne saurait lui opposer son inaction, quelque prolongée qu'elle eût été; l'action est im-

(1) L. 2. C. si adv. cred. præsc.

(2) L. 7. C. de pign. et hyp.

prescriptible. Il en fut ainsi presque jusqu'à Justinien : ce ne fut que l'empereur Justin son prédécesseur, qui, touché de la perpétuelle incertitude à laquelle ce système d'hypothèques occultes et imprescriptibles réduisait la propriété, ordonna que la servienne se prescrirait désormais, même au profit du débiteur et de ses héritiers ; mais il maintint une différence entre eux et les tiers détenteurs, en fixant à quarante ans le délai de cette nouvelle prescription (1). De là une conséquence bizarre en apparence : l'action personnelle de la créance se prescrit par trente ans ; l'action hypothécaire ne se prescrit que par quarante. L'hypothèque, droit accessoire qui ne peut exister sans une créance qu'il garantisse, survit dix ans à l'extinction de cette créance. C'est que la créance prescrite n'est pas complètement anéantie ; la dette civile est éteinte, mais il reste encore une dette naturelle suffisante pour maintenir l'hypothèque. On a fait remarquer aussi que l'extrême difficulté avec laquelle le droit romain admettait la prescription de l'action servienne au profit du débiteur, pouvait s'expliquer par ce principe écrit dans la loi 13, § 4, que l'action hypothécaire ne s'éteint qu'autant que le créancier a reçu paiement, ou toute autre satisfaction : ainsi une novation judiciaire ne l'éteindrait pas, *quia suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, vel satisfactum est, quibus cessantibus tenet.*

A quelle règle soumettrons-nous la prescription

(1) Loi 7, pr. et § 1, C. de præsc. XXX, vel XXXX annor.

de l'action hypothécaire, si nous supposons que le possesseur qui l'oppose est, non plus le débiteur, non plus un tiers détenteur, mais un créancier postérieur? C'était un sujet de discussion entre les jurisconsultes romains. Justin, dans la même loi, trancha la difficulté par une distinction : pendant la vie du débiteur commun, le créancier est censé posséder au nom de ce débiteur; mais après la mort du débiteur, il est censé posséder en son propre nom, donc il ne pourra opposer la prescription de trente ans, qu'autant qu'il aura possédé pendant trente ans depuis la mort, il est alors assimilé à un tiers. Du vivant du débiteur, sa possession est considérée comme possession du débiteur lui-même, il ne pourrait opposer que la prescription de quarante ans, et même, s'il voulait joindre à sa possession depuis la mort, sa possession antérieure ou celle du débiteur.

Le créancier gagiste, proprement dit, peut de plus agir au possessoire, car il est investi d'une possession juridique; il possède *ad interdicta*; il aura donc les interdicts ordinaires *retinendæ* et *recuperandæ possessionis causa*. Enfin, il nous reste à signaler un interdit tout particulier à cette matière, interdit *adipiscendæ possessionis causa*, donné au créancier hypothécaire pour obtenir une possession qu'il n'a jamais eue auparavant, je veux parler de l'interdit Salvien. L'hypothèque ne naissait sur les choses dont le colon avait promis de garnir le fonds qu'autant qu'elles y étaient *invecta, illata*; l'utilité de l'interdit Salvien était de les saisir, et de les intégrer sur le fonds, de manière à les soumettre à l'hypothèque.

Nous ne trouvons dans les textes, à propos de cet interdit, que des révélations fort incomplètes, fort obscures et souvent contradictoires. Ce qui paraît résulter de la majorité de ces textes, c'est que l'interdit Salvien resta toujours spécial au bailleur d'un fonds rural contre le colon, pour obtenir l'apport des ustensiles dont celui-ci avait promis de garnir la ferme, qu'il n'y a pas d'interdit quasi-salvien, à l'instar de l'action quasi-servienne, et que cet interdit est donné non-seulement contre le colon lui-même, mais aussi contre les tiers détenteurs (1).

Droit de vendre. — C'est le but de l'hypothèque, parce que c'est le moyen d'arriver à la réalisation du prix sur lequel le créancier hypothécaire exercera son droit de préférence. Nous avons déjà établi, en recherchant quelles choses peuvent être hypothéquées, qu'aucune chose ne peut l'être si elle ne peut être vendue, c'est assez dire que le droit de vendre peut bien être réglementé par la convention des parties, mais qu'il ne saurait jamais être enlevé au créancier hypothécaire ; à l'inverse, on ne pourrait davantage le contraindre à vendre sous prétexte d'occasion avantageuse, l'exercice de son droit est facultatif et non pas forcé.

En donnant au créancier le droit de vendre la chose de son débiteur, la loi a dû prendre des mesures pour que celui-ci ne fut pas dépouillé trop légèrement de son bien. Dans le droit classique, la

(1) PELLAT, Trad. de SCHILLING, page 90.

ORTOLAN, Expl. des inst., t. 2, page 655.

vente du gage devait être précédée de trois dénunciations au débiteur pour le mettre en demeure d'empêcher la vente en se libérant (1). Justinien n'exige plus qu'une seule dénonciation, mais la vente ne peut avoir lieu que deux ans après cette dénonciation ou la sentence qui en tient lieu (2).

Le droit d'aliéner ne peut, disons-nous, être enlevé au créancier ; que décider, par conséquent, si les parties sont convenues que le créancier n'aura pas ce droit ? Il semble, au premier abord, que cette clause doit être complètement nulle et sans effet ; elle le fut tant que la vente du gage fut toujours précédée de trois dénunciations, mais lorsque Justinien eût permis aux créanciers de vendre après une seule dénonciation, la clause *ne vendere liceat*, acquit cet effet d'obliger le créancier à en faire trois ; deux ans après il pouvait vendre nonobstant la prohibition.

Si les parties sont convenues, au contraire, qu'à défaut de paiement le créancier pourra vendre le gage, il semble encore que cette clause est inutile, puisqu'elle n'exprime que le droit commun ; elle ne l'est pourtant pas tout-à-fait, et produit, en sens inverse, un effet analogue à celui de la clause *ne vendere liceat*, car il nous semble résulter de la loi 3, § 1, C. de jure dom. imp. et du § 1, Inst. quib. alien. lic. qu'elle dispense le créancier de toute dénonciation préalable à la vente (3).

(1) PAUL, sent., lib. 2, tit. 5. § 1. — Loi 4. D. de pign. act. — Loi 10. C. de pign. et hyp.

(2) Loi 3, § 1. C. de jure domin. impetr.

(3) PELLAT, Trad. de SCHILLING, p. 75.

Dans le gage volontaire, la vente est faite par le créancier lui-même; il agit comme mandataire du débiteur; il doit, par conséquent, prendre ses intérêts et agir loyalement à son égard; s'il contrevenait à la convention, il commettrait un vol, *furti se obligat* (1).

Le créancier ne peut acheter lui-même le gage qu'il vend, ni le faire acheter par une personne interposée; la loi n'a pas voulu qu'il se trouvât placé entre son devoir qui lui commande de chercher à vendre au meilleur prix possible, et son intérêt qui lui ferait désirer d'acheter à vil prix.

Le débiteur, non plus, ne peut acheter la chose engagée; s'il la veut, qu'il la dégage en payant sa dette.

La vente régulièrement accomplie par le créancier, produit les mêmes effets qu'une vente faite par le débiteur lui-même (2); celui-ci, bien entendu, ne peut plus dégager sa chose, mais, si la vente n'était pas régulière, il pourrait revendiquer contre tout possesseur; en effet le créancier est, pour la vente du gage, mandataire de son débiteur; s'il vend irrégulièrement, il excède son mandat et, n'étant plus mandataire, il ne fait qu'une vente à *non domino*.

Le prix de la vente sera appliqué à éteindre la dette, sauf compte pour l'excédant ou la différence entre le débiteur et le créancier. Celui-ci garde toujours l'ac-

(1) L. 73. D. de furtis.

L. 4 et 5. D. de pign. act.

(2) Loi 46. D. de adq. rer. domin.

Loi 18. C. de dist. pign.

tion personnelle pour agir en complément, s'il y a lieu.

Si le créancier ne trouvait pas d'acquéreur, il devait procéder à une *proscriptio publica* après laquelle il pouvait s'adresser à l'empereur pour obtenir la propriété de la chose. Un an après la supplique, si le débiteur n'avait pas payé, le créancier obtenait ordinairement. L'attribution de la propriété lui était faite sur estimation, le débiteur conservant un droit réel sur la chose pour l'excédant du prix d'estimation sur la dette. On sent bien que la *proscriptio publica*, quand le créancier désirait arriver à la propriété du gage, n'était qu'une affaire de forme bien peu utile aux intérêts du débiteur; aussi Justinien (1) la supprima-t-il pour la remplacer par une notification au débiteur s'il était présent; s'il était absent et qu'il ne fut pas possible de découvrir sa demeure, une sentence du juge tenait lieu de notification. Faute de paiement dans les deux ans de la notification, ou dans le délai fixé par la sentence, le créancier pouvait s'adresser au prince et obtenir la propriété du gage. Remarquons toutefois que la propriété ainsi attribuée n'était pas définitive dès l'origine; pendant un an avant Justinien, et sous Justinien pendant deux ans, on admettait par humanité le débiteur à se faire réintégrer dans sa propriété, en payant capital, intérêts et tels dommages-intérêts que le créancier demandait sous la foi de serment : passé ce délai, le créancier était propriétaire incommutable.

(1) Loi 3, § 2 et 3. C. de jur. dom. imp.

Le droit de vendre n'appartenait pas chez les Romains, comme il appartient chez nous, à tous les créanciers hypothécaires, il était spécialement réservé au premier, lequel était seul maître de l'exercer, et seul juge de l'opportunité de la vente; le sort des créances postérieures dépendait donc beaucoup de lui, son insouciance pouvait les compromettre gravement, s'il négligeait de vendre au moment favorable et vendait au contraire en temps inopportun. Aussi, les créanciers subséquents avaient-ils la faculté de se substituer à lui en devenant eux-mêmes premiers créanciers, c'est-à-dire en prenant sa place, soit en fournissant au débiteur des fonds pour le payer et en stipulant expressément la subrogation à son hypothèque, soit au moyen d'une cession volontaire, soit enfin au moyen du *jus offerendæ pecuniæ*, droit qui, à la différence des deux moyens précédents, n'est ouvert qu'aux créanciers hypothécaires, à l'exclusion même des chirographaires, et n'est subordonné au consentement ni du créancier écarté, ni du débiteur. Le créancier hypothécaire qui exerce ce droit doit désintéresser complètement en capital et intérêts, celui qu'il veut écarter; si celui-ci refusait de recevoir, on arriverait au même résultat en consignat la somme conformément à la loi (1). Si le créancier qui exerce le *jus offerendæ pecuniæ* n'est pas celui qui suit immédiatement le créancier désintéressé, ce qui arrivera souvent, ce fait ne saurait empirer la position des créanciers intermédiaires, il est donc bien évi-

(1) L. 1. C. qui pot. in pign.

dent qu'il ne les primera pas pour la totalité de sa créance, quelle qu'elle soit, mais seulement *in ea quantitate quam superiori exsolvit* (1). Le *jus offe- rendæ pecuniæ* pourrait encore être exercé : contre le fidéjusseur qui ayant payé la dette a reçu la chose à titre de dation en remboursement; contre le créancier qui s'en est fait attribuer par l'empereur la propriété sur estimation ou bien à qui elle a été donnée en payement, et, plus généralement, contre ceux que la loi considère comme ayant eu en vue en acquérant la chose hypothéquée plutôt la satisfaction de leur créance que l'acquisition même de la chose (2).

Droit de préférence. — Un débiteur aujourd'hui fort solvable peut demain se trouver insolvable, soit par suite d'aliénation de ses biens, soit par suite de nouveaux engagements contractés. L'hypothèque pare au premier danger au moyen du droit de suite, au second au moyen du droit de préférence, grâce auquel le créancier est à l'abri du concours, non-seulement des créanciers postérieurs, mais même des créanciers antérieurs s'ils sont simples chirographaires ou hypothécaires sur d'autres biens, car, en dehors des biens qui leur sont hypothéqués, ils ne sont que simples chirographaires. Ainsi, quant aux chirographaires, le créancier hypothécaire a la préférence sur tous; quant aux créanciers hypothécaires, *præor tempore potior jure*, préférence seulement sur les engage-

(1) L. 16. D. qui pot. in pign.

(2) L. 2 et 3. D. de dist. pign.

ments postérieurs, la question de préférence est une question de date. Chaque fois, en effet, qu'une hypothèque est consentie, c'est un nouveau droit réel créé, auquel le débiteur ne peut porter atteinte; il ne peut plus désormais affecter à la garantie de ses créanciers que ses biens tels qu'ils sont, c'est-à-dire déduction faite du droit réel qu'il en a distrait précédemment; aussi le débiteur qui consent une hypothèque à son créancier, doit-il avoir soin de lui faire connaître les hypothèques qui peuvent grever déjà le même objet; s'il manquait à ce devoir, il se rendrait coupable de stellionat; cependant il n'y aurait pas lieu d'appliquer les peines de ce délit si les hypothèques dissimulées étaient minimales relativement à la valeur du gage (1). Nous pouvons remarquer ici que la législation romaine, plus rigoureuse que la nôtre, envers le stellionat, puisqu'elle en faisait un délit criminel, l'admettait cependant plus facilement, puisqu'elle le faisait résulter d'une simple réticence frauduleuse, tandis que notre droit exige, en général, pour le stellionat, un mensonge formel.

Entre créanciers hypothécaires égaux en date, la règle *prior tempore* ne peut pas s'appliquer, mais on applique le même principe : *qui concurrunt tempore, concurrunt jure*; leur date est la même, pas de préférence possible entre eux. Les lois 10 et 16, § 8, examinent les différentes hypothèses dans lesquelles peut se produire ce concours : la même chose a été hypothéquée à deux créanciers en même temps, à

(1) Loi 36. § 1. D. de pign. act.

chacun *in solidum*, chacun à la servienne pour le tout contre le tiers; s'ils agissent en même temps, *concurso partes fiunt*, ils partageront le prix, mais ils le partageront par parts égales, et non au marc le franc; si l'un des créanciers était en possession, les autres ne sauraient lui enlever la chose; il opposerait à l'action hypothécaire l'exception *si non convenit ut eadem res mihi quoque pignori esset* et il serait absous, car *in pari causa, melior est causa possidentis*. Lorsque deux hypothèques ont été établies séparément et le même jour sur une même chose, il ne peut plus être question de concours, car, à Rome, on s'attachait non-seulement à la priorité de jour mais même à la priorité d'heure; cependant, si l'on ne pouvait fixer d'une manière certaine auquel des deux créanciers appartenait l'antériorité (L. 16, § 8), il fallait suivre la règle que nous venons d'exposer.

La chose a été hypothéquée en même temps à deux créanciers, mais à chacun pour partie; il n'y a pas alors de concours, pas de question de préférence; car ce n'est pas la même chose qui leur a été hypothéquée, c'est à chacun une part, c'est-à-dire un objet parfaitement distinct, et chacun aura l'action servienne pour sa part, tant contre les tiers, que contre le débiteur et l'autre créancier.

Enfin, la même chose a été hypothéquée en même temps à deux créanciers, sans qu'il ait été expliqué dans la convention si l'hypothèque est donnée à chacun pour le tout ou pour partie. Il y a lieu de croire alors qu'on a entendu hypothéquer le fonds à chacun pro-

portionnellement à sa créance, l'action se divisera donc entre eux, à moins de convention contraire; chacun ne l'aura que pour sa part, et le tiers détenteur, ne pouvant être contraint à délaisser pour partie seulement, restera en possession jusqu'à ce qu'il puisse être contraint, l'autre créancier agissant aussi, à délaisser pour le tout.

L'hypothèque, nous le savons, se forme par une simple convention; c'est la date de cette convention qui détermine le rang de l'hypothèque. Nous en dirons autant pour le cas où les parties auraient établi un gage : le droit de gage existe du jour de la convention, et non pas seulement du jour de la tradition nécessaire pour former le contrat, mais indifférente au point de vue du droit réel (1). En effet, jusqu'à la tradition, complément du gage, il y a une convention d'hypothèque; la loi 1, § 1, D. *De pign. act.* nous en offre un exemple.

Peu importe que l'hypothèque soit à terme ou même conditionnelle : le terme n'empêche pas le droit d'exister; il n'est qu'un retard à son exercice. Quant à la condition, il est vrai qu'elle suspend l'existence même du droit; mais son accomplissement rétroagit au jour de la convention.

Lorsqu'un bien tombe dans un patrimoine, il peut s'y trouver sur-le-champ frappé de plusieurs hypothèques, que le maître de ce patrimoine a consenties sur ses biens futurs ou même spécialement sur ce bien, s'il en devenait propriétaire; quel sera le

(1) Loi 1 pr. D. qui pot. in pign.

rang de ces hypothèques? La plus ancienne sera-t-elle préférable aux plus récentes, ou bien faudra-t-il les considérer comme frappant toutes simultanément au jour de l'entrée du bien dans le patrimoine? La loi 14 D. *Qui pot.* répond qu'il faut donner la préférence à la première; la loi 7, § 1, h. t. semble au contraire consacrer le système du concours de toutes les hypothèques au même rang; mais on peut dire qu'elle suppose deux hypothèques constituées simultanément. Le système de la loi 14 est d'ailleurs confirmé par la loi 21 pr. h. t.

Ne nous occupant ici que de l'hypothèque conventionnelle, nous n'avons pas à parler des droits de préférence que pouvait faire naître la nature favorable de certaines créances; mais nous rappellerons, en terminant, une dérogation importante à la règle de la priorité des hypothèques, d'après leur antériorité : je veux parler de la préférence accordée par l'empereur Léon aux hypothèques constatées dans un acte public ou même privé, mais signé par trois témoins *integræ opinionis*, sur toutes hypothèques antérieures qui n'auraient pas été soumises à cette formalité (1). Cette disposition avait pour but d'encourager l'introduction de l'écriture dans les constitutions d'hypothèques, premier pas vers une publicité qui faisait si complètement défaut dans le système hypothécaire de Rome.

Les droits de suite, de vente et de préférence sont des attributs essentiels du droit d'hypothèque : sans

(1) L. 11. C. *qui pot. in pign.*

eux il n'y a pas d'hypothèque; mais, outre ces droits essentiels, il en est d'autres qui peuvent appartenir au créancier.

• Ainsi, en cas de gage proprement dit, le créancier a le droit de posséder la chose engagée; il a le droit de posséder, dès que le gage est formé, puisque ce contrat ne se forme précisément que par la mise en possession. Le créancier investi de la possession peut, aux termes d'un rescrit de Gordien (1), retenir le gage même pour d'autres dettes que celle pour laquelle il l'a reçu; et si le débiteur, prétendant avoir dégagé, revendiquait, le créancier lui opposerait l'exception de dol, jusqu'au solde intégral de toutes ses créances même chirographaires. Ce droit de rétention, opposable au débiteur, ne le serait pas à un créancier hypothécaire postérieur; et si celui-ci voulait exercer le *jus offerendæ pecuniæ*, il ne serait tenu de payer que la créance hypothécaire qui prime la sienne; car le créancier antérieur n'a droit de préférence que pour cette seule créance. On s'est demandé si cette extension du droit de rétention profitait aussi au créancier qui avait obtenu la possession en vertu d'une hypothèque? Les termes du rescrit sont généraux et ne paraissent pas faire de différence.

Le créancier qui a droit à la possession d'une chose ne peut, quand son débiteur ne la lui livre pas, s'en emparer de sa propre autorité, s'il ne recourt pas à l'autorité du juge, *violentiæ crimen*

(1) L. un. C. etiam ob. chirograph.

admittit (1); et il n'est pas permis aux parties de convenir du contraire, car c'est une disposition d'ordre public à laquelle on ne peut déroger par des conventions particulières. Si, pourtant, une semblable convention avait été faite et que le créancier se fût, en effet, mis lui-même en possession du gage, on ne saurait le considérer comme coupable d'une violence criminelle (2). Quelques commentateurs pensent même qu'encore bien qu'il ne soit pas ainsi entré régulièrement dans la possession, aucun interdit ne serait donné pour la lui reprendre. Ils s'appuient sur la loi 11 C. *De pign. et hyp. in fine* : « *Nec creditor citrà conventionem vel præsidalem jurisdictionem debiti causa res debitoris arbitrio suo auferre potest.* » Mais Cujas répond qu'il faut ici, comme dans beaucoup d'autres textes, traduire *vel* par *et*, c'est-à-dire, en somme, sans une convention de gage et l'ordre du président.

Le créancier qui a la possession de la chose engagée doit en percevoir les fruits, et les imputer d'abord sur les intérêts, puis sur le capital de la créance (3); s'il s'attribuait les fruits sans faire cette imputation, il commettrait un vol, *furtum usus* (4). Au temps de la fiducia, où le créancier était propriétaire de l'esclave engagé et acquérait par lui, les choses ainsi acquises s'imputaient également sur la

(1) PAUL, sent., liv. 2, t. 14, § 5.

(2) L. 3. C. de pign. et hyp.

(3) L. 3, C. de pign. et hyp.

(4) Inst. de oblig. quæ ex del. nasc. § 6.

créance (1). Du temps du gage et de l'hypothèque, on n'eut plus à imputer que les services de l'esclave engagé.

Le créancier ayant la possession et l'obligation de percevoir les fruits peut louer la chose; il peut la louer au propriétaire lui-même : le loyer s'imputera sur la créance, intérêts d'abord, capital ensuite, comme auraient fait les fruits. Si le gage est mobilier, le créancier ne peut ni le louer ni s'en servir; ce serait un vol (2).

Le créancier peut encore engager la chose qu'il tient lui-même en gage : c'est le *pignus pignoris* dont nous avons parlé.

Droits qui restent au constituant.

Le constituant reste propriétaire; il reste même possesseur, s'il n'a consenti qu'une hypothèque, et même encore, dans le cas de gage, il garde une certaine possession; il possède *ad usucapionem* par les mains du créancier. Ainsi le constituant qui n'est pas propriétaire, mais qui est simplement *in causa usucapionis*, continue d'usucaper valablement tant que le créancier possède lui-même; le *pignus pignoris* empêche donc l'usucapion de s'achever pour le premier débiteur, tandis qu'une simple constitution d'hypothèque sur le gage, ne déplaçant pas la possession, l'aurait laissé continuer (3).

(1) Paul, sent., lib, 2, t. 13, § 2.

(2) Inst. ut. sup.

(3) Loi 33, § 4. D. de usurp. et usuc.

Le débiteur, malgré la constitution d'hypothèque, conserve le droit d'aliéner la chose hypothéquée, mais l'aliénation par lui faite ne peut atteindre le droit du créancier; cependant plusieurs textes paraissent contraires à ce droit d'aliéner; et, en effet, si le débiteur vendait à l'insu du créancier une chose mobilière spécialement hypothéquée, bien que propriétaire de la chose, il commettrait un vol (1); c'est dans ces limites que doit être restreinte la faculté d'aliéner du débiteur et entendue la prohibition de ces textes. Diverses expressions qu'ils emploient, prouvent qu'ils ne s'appliquent pas aux choses immobilières; d'ailleurs le titre seul *de furtis*, d'où il sont tirés, suffit pour détruire toute espèce de doute; l'idée de vol est incompatible avec celle d'immeuble. La prohibition ne s'applique même pas à tous les cas d'hypothèque de choses mobilières sans exception; rappelons nous le cas où l'on a hypothéqué *tabernam*.

Le débiteur, conservant sa qualité de propriétaire, conserve aussi la revendication, et il revendiquerait avec succès, même contre son créancier hypothécaire, si celui-ci s'était attribué la possession de la chose hypothéquée.

Pactes accessoires.

La constitution de gage ou d'hypothèque peut-être accompagnée d'une variété infinie de pactes accessoires; je ne m'occuperai que de deux de ces pactes, les seuls dont parle le titre *de pign. et hyp.*, les principaux

(1) Inst. loc. cit., § 10. — L. 19, § 6, L. 66, pr. D. de furt.

d'ailleurs et les plus intéressants, l'antichrèse et la *lex commissoria*.

Nous disions tout-à-l'heure que le créancier possesseur, obligé de recueillir les fruits, devait les compenser d'abord avec les intérêts, ensuite avec le capital de la dette; il peut arriver que par suite d'une clause particulière, le créancier puisse garder les fruits sans avoir d'imputation à faire sur la créance, mais simplement en compensation des intérêts et pour en tenir lieu, c'est le pacte d'antichrèse. Nous le trouvons ici à l'état de simple clause accessoire, mais on le rencontre aussi tout-à-fait indépendant du gage, à titre de contrat spécial innomé; le créancier a bien alors la possession comme dans le gage, il la lui faut pour recueillir les fruits, mais il n'a, ni le droit de préférence, ni l'action hypothécaire que donne le gage; il ne tient pas la chose *jure pignoris*, mais seulement *pignoris loco*; il n'a qu'une simple action *in factum*. Les fruits recueillis par l'antichrésiste lui tiennent lieu d'intérêts sans calcul, sans réduction de l'excédant, ni report sur le capital de la dette, quand même ils dépasseraient le taux de l'intérêt légal; on voyait là une sorte de contrat aléatoire, à cause de l'incertitude de la récolte (1).

Mais on comprend que cette tolérance de la loi n'était possible qu'autant qu'il pouvait y avoir quelque apparence d'*alea* pour masquer le caractère usuraire de la convention; aussi, quand il s'agissait de fruits civils, d'une perception fixe et invariable, des

(1) L. 17, C. de usuris.

loyers d'une maison par exemple, le créancier n'était pas admis à encaisser, sous prétexte d'antichrèse, des sommes excédant l'intérêt légal (1). Le caractère du pacte d'antichrèse fait qu'il me semble bien difficile d'admettre sa formation tacite ; à défaut de convention formelle, comment supposer sur de simples inductions qu'un débiteur ait voulu se soumettre à un régime aussi dangereux pour lui ? On argumente de la loi 8 D. *in quib. caus.* Mais cette loi ne parle pas d'antichrèse, puisqu'elle n'attribue les fruits au créancier que jusqu'à concurrence de l'intérêt légal ; je n'admets pas plus volontiers dans l'hypothèse de cette loi une simple convention d'intérêts tacite ; comment dire qu'un débiteur, par cela seul qu'il a donné en gage une chose qui produit des fruits pour une dette non productive d'intérêts, ait voulu renoncer au bénéfice de la gratuité de sa dette et se soumettre à l'intérêt légal ? Aussi a-t-on cherché de diverses manières à expliquer la loi 8 qui est fort embarrassante.

On a proposé un moyen radical qui consiste à ajouter au texte une négation, *cum debitor gratuita pecunia utatur*, lisez *non gratuita*, dès-lors le texte n'est plus gênant. M. Pellat professe une doctrine moins violente, et qui me semble devoir être adoptée : on ne touche pas au texte, on fait même remarquer qu'il dit « *cum utatur* » et non « *cum utitur* », on en conclut que cette loi est la suite d'un raisonnement commencé, et que, dans la partie qui précédait, le jurisconsulte traitait d'un contrat de bonne foi, qui, improductif d'intérêts dans le

(1) L. 14, h. t.

principe, à commencé a en produire quand le débiteur a employé à son usage l'argent qu'il tenait en dépôt, par exemple, du créancier, alors, mais seulement alors, le créancier pourra retenir jusqu'à concurrence de l'intérêt légal, les fruits produits par la chose que le débiteur lui a remise en gage pour sûreté du dépôt.

La *lex commissoria* était un pacte par lequel les parties convenaient qu'à défaut de paiement à l'échéance le créancier deviendrait propriétaire du gage; c'était une sorte de dation en paiement. Ce pacte était ruineux pour les débiteurs. Au jour de l'emprunt, à une longue distance du jour de l'échéance, quel est le malheureux qui ne se flatte pas de pouvoir rembourser? Pressé d'argent, il accepte sans les discuter les lois que lui impose celui dont il attend le prêt qu'il ambitionne; il engage ainsi des objets d'une valeur toujours supérieure au montant de la créance, se flattant de trouver dans l'avenir des ressources imprévues; vient ensuite le jour de l'échéance, et la propriété passe au créancier *pignus committitur*.

Aussi ce pacte, véritablement immoral, fut-il effacé par Constantin de la législation romaine où il avait été fort en usage. Il en fut effacé même rétroactivement en ce sens que les pactes dont l'échéance n'était pas encore arrivée, furent déclarés nuls, bien qu'ils eussent été valablement formés : « *Placet infir-*
« *mar eam et omnem ejus memoriam aboleri,* » dit la constitution (loi 3, C. de pact. pign.), « *si quis igitur tali*
« *contractu laborat, hac sanctione respiret quæ cum*
« *præteritis præsentia quoque repellit et futura*
« *prohibet.* »

Il est bien évident que cette loi ne défend pas la dation en paiement de la chose engagée; au jour de l'échéance, le débiteur n'est plus dominé par le besoin d'obtenir l'argent de son créancier, il ne peut pas d'ailleurs s'illusionner sur les conséquences de l'acte auquel il consent, il sait bien qu'il aliène irrévocablement sa chose. Enfin le pacte comissoire n'a rien de commun non plus avec cet autre pacte parfaitement loyal et licite : que le créancier à défaut de paiement gardera la chose engagée *arbitratu boni viri tunc æstimandam* (Loi 16, § 9).



[illegible]

DROIT FRANÇAIS.

DES PRIVILÈGES SUR LES MEUBLES, EN DROIT CIVIL.

Les biens du débiteur étant le gage commun de ses créanciers, le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins de causes légitimes de préférence (art. 2093, Code Napoléon). Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques (art. 2094, Code Napoléon). Y en a-t-il d'autres? non; car le partage proportionnel entre tous est la règle, et les causes de préférence sont des exceptions qu'il ne nous est pas permis d'étendre. Mais à côté d'elles, il faut signaler un droit qui, sans donner aucune préférence au créancier, lui permet cependant d'exiger son paiement avant celui de tout créancier même privilégié, c'est le droit de rétention en vertu duquel le créancier détenant la chose de son débiteur peut, dans certains cas, la retenir par devers lui jusqu'à l'entier paiement de la dette. A ce point de vue, ce droit est plus avantageux que le privilège, mais il ne donne pas de préférence, de telle sorte que si le créancier a la faiblesse de laisser vendre ou de se dessaisir, il perd tout le bénéfice de sa position et ne peut plus invoquer sur le prix que les droits d'un simple chirographaire.

Au reste, le privilège et le droit de rétention se rencontrent souvent au profit de la même créance, ainsi dans le cas de gage.

Le droit de rétention est expressément accordé à certains créanciers par divers articles du Code que nous n'avons pas à examiner ici; mais on se demande s'il faut voir là une liste limitative, ou bien, au contraire, si la rétention n'appartient pas d'une manière générale à quiconque, détenant une chose, a une créance légitime à faire valoir à raison de sa détention? Je préfère le dernier avis. Le droit romain le consacrait en donnant l'exception de dol au créancier détenteur; chez nous, toutes les actions sont de bonne foi, l'exception de dol y est toujours sous-entendue. On objecterait en vain que l'art. 2094 ne reconnaît que deux causes de préférence, privilèges et hypothèques, et que généraliser le droit de rétention, ce serait en créer une troisième. Cette objection est deux fois inexacte: nous ne créons pas le droit de rétention, et la meilleure preuve que j'en puisse donner, c'est qu'on ne nous conteste pas son existence, mais seulement son étendue; et le droit de rétention n'est pas un droit de préférence, puisqu'il ne donne au créancier qui a fait des avances pour une chose qu'il a entre les mains, que le droit de ne pas s'en dessaisir avant d'avoir été remboursé. Les questions de préférence supposent nécessairement un concours sur le prix de la chose, tandis que le droit de rétention s'exerce nécessairement sur la chose elle-même; c'est donc avec raison que l'art. 2094 ne le met pas au nombre des causes de préférence. « L'emprun-

» teur, disait Pothier, a cela de commun avec tous
» ceux qui ont fait des impenses pour la conservation
» d'une chose qui se trouve en leur possession, qu'ils
» ont droit de rétention de cette chose pour s'en faire
» rembourser, la chose étant obligée par lesdites
» impenses, *veluti quodam pignoris jure* (Pothier. *Du*
» *prêt à usage*, n° 43). » L'art. 9, tit. 27, de l'ordon-
nance de 1667 sur la procédure, statuant sur l'une
des hypothèses pour lesquelles on met en doute au-
jourd'hui le droit de rétention, disait aussi : « Celui
» qui aura été condamné à délaisser la possession
» d'un héritage, en lui remboursant quelques som-
» mes, espèces, impenses ou améliorations, ne pourra
» être contraint de quitter l'héritage qu'après avoir
» été remboursé. » Rien dans le Code ne nous autorise
à croire que le législateur, abandonnant la doctrine
si équitable qu'il trouvait en vigueur, ait voulu dé-
pouiller le créancier détenteur, pour permettre aux
autres créanciers de s'enrichir à ses dépens.

Ces préliminaires posés, j'arrive aux privilèges.
Le privilège est un droit réel, accessoire à la créance
qu'il garantit; aussi peut-il être éteint sans la volonté,
et même malgré la volonté de celui qui en est investi,
par le paiement de la dette. Comme l'hypothèque,
il donne droit de suite et droit de préférence; mais,
pour les privilèges mobiliers, nous aurons occasion
de constater que le droit de suite sera presque tou-
jours paralysé par le principe : *en fait de meubles,*
possession vaut titre.

Le privilège à Rome ne prenait rang qu'après les
hypothèques; les créanciers privilégiés n'étaient pré-

férés qu'aux simples chirographaires; il fallait pour primer les hypothèques avoir, non pas un privilège, mais une hypothèque privilégiée. Aujourd'hui le privilège de notre droit est une véritable hypothèque privilégiée; c'est, dit l'article 2095, un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires. Au reste, ce changement dans le caractère du privilège n'a que peu d'intérêt au point de vue de cette thèse, puisqu'il n'y a pas chez nous d'hypothèque sur les meubles. Ce qu'il nous importe de remarquer, c'est que le privilège est une *lex privata*, une faveur attachée à la qualité de la créance; aussi le rang des créances privilégiées entre elles, se détermine par le degré de faveur que chacune d'elles obtient de la loi. Les plus privilégiés entrent en ordre les premiers, et, comme conséquence, les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang, sont payés par concurrence, (art. 2096 et 2097); *privilegia aestimantur non ex tempore sed ex causa*. Une bonne loi sur les privilèges, doit donc, pour être complète, d'abord créer les privilèges, ensuite les classer; nous verrons jusqu'à quel point le Code a accompli la seconde partie de sa tâche.

Les privilèges peuvent être sur les meubles ou sur les immeubles, mais l'étendue de la matière et le cadre de ce travail nous obligent à restreindre notre étude aux privilèges sur les meubles.

Les privilèges sur les meubles sont ou généraux ou particuliers.

CHAPITRE PREMIER.

Privilèges généraux.

Les privilèges généraux font l'objet de l'art. 2101 du Code Napoléon. Nous pouvons remarquer d'abord que la qualification des privilèges généraux sur les meubles que la loi leur applique, est certainement trop étroite; il suffit en effet de se reporter à l'art. 2104 pour voir que ces privilèges sur les meubles grèvent aussi les immeubles, en cas d'insuffisance du mobilier. Cependant, la loi disant privilèges sur la généralité des meubles, une première question se présente : celle de savoir s'il faut, conformément à l'art. 533 Code Napoléon, qui détermine le sens du mot meubles, exclure du privilège les pierreries, les livres, les médailles et autres effets mobiliers énumérés dans cet article? évidemment non; la loi en établissant les privilèges sur les meubles en regard des privilèges sur les immeubles, a suffisamment manifesté la volonté d'y comprendre tout ce qui n'est pas immeuble; d'ailleurs les privilèges généraux embrassant même les immeubles, comment croire qu'ils ne comprennent pas les objets mobiliers dont parle l'art. 533; enfin, s'il fallait un argument de texte, l'art. 2105 nous le fourpirait : « Lorsqu'à défaut de *mobilier*, » dit-il, les privilégiés énoncés en l'article précédent « se présentent pour être payés sur le prix d'un im-

» meuble. . . . » Or, *mobilier*, d'après l'art. 535, est l'expression la plus large. Les privilèges généraux frappent donc tous les biens meubles et immeubles.

Les créances ainsi privilégiées ont toutes un caractère éminemment favorable, qui justifie la position exorbitante que la loi leur a faite; elles sont d'ailleurs le plus souvent d'assez faible importance. Nous allons les étudier successivement, suivant l'ordre de l'art. 2101, puisqu'aux termes de cet article, c'est l'ordre d'après lequel elles sont privilégiées.

I. Frais de justice.

Le privilège général auquel la loi donne le premier rang, est celui des frais de justice; la raison en est que ces frais ont été faits dans l'intérêt de tous les créanciers; ils ont servi à conserver ou à utiliser le gage commun. Le créancier de ces frais est, en quelque sorte, gérant d'affaires utile des créanciers qu'il prime; il a contre eux une sorte d'action *de in rem verso*.

Telle est l'idée fondamentale de ce privilège; cette idée nous en donne la mesure : Tous les frais de justice ne sont pas privilégiés, mais seulement les frais faits pour la conservation, la liquidation du mobilier du débiteur et la répartition du prix entre les créanciers. Ainsi, en général, les frais d'apposition et de levée de scellés et ceux d'inventaire, car ils ont eu pour but d'empêcher les détournements; c'est pour le même motif qu'en cas d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, ces frais ne sont pas à la charge de l'acceptant, mais de la suc-

cession. Ainsi encore les frais d'administration du patrimoine d'un débiteur failli. Quant aux frais faits dans un intérêt particulier, bien que frais de justice, ils ne sont pas privilégiés; ainsi les frais faits par un créancier pour rendre son titre exécutoire, ne sont pas privilégiés, non plus que les frais d'intérêt général vis-à-vis de ceux qui seraient en dehors de cet intérêt. L'art. 768 C. pr. nous en fournit un exemple en cas de contestations sur le règlement provisoire d'un ordre : « Les frais » de l'avoué qui aura représenté les créanciers con- » testants seront colloqués par préférence à toutes » autres créances, sur ce qui restera de deniers à » distribuer, déduction faite de ceux qui auront été » employés à acquitter les créances antérieures à » celles contestées. » Pourquoi? parce que les créanciers antérieurs sont tout à fait étrangers à ce débat. Ainsi encore, les frais d'administration des syndics d'une faillite, dans l'intérêt des créanciers chirographaires, ne sont pas privilégiés vis-à-vis des créanciers hypothécaires; les frais de distribution du prix des meubles d'un locataire, saisis et vendus par les créanciers, vis-à-vis du locateur (art. 662, C. pr.), car ils sont sans utilité pour lui, puisqu'il pouvait faire statuer sur son privilège par une simple procédure de référé devant le juge commissaire (art. 661, C. pr.). Mais les frais de saisie et de vente sont privilégiés même vis-à-vis du locateur, car la conversion des meubles en argent a été utile pour son paiement comme pour celui de tout autre créancier. En est-il de même des frais de scellés et d'in-

ventaire ? Non, dit-on; ils ne sauraient primer le locateur, car ils ne lui sont pas utiles : le locateur est nanti; il a pour garantie de son nantissement la revendication; donc il n'a pas à craindre de détournements. Mais on répond que le locateur ne possède pas lui-même les meubles dont il est nanti; que sa surveillance sur eux est souvent très-difficile, surtout quand il s'agit de propriétés rurales, et que la revendication, resserrée dans un délai excessivement court, n'offre qu'un remède trop souvent illusoire contre les détournements dont il peut être victime. On en conclut que les scellés et l'inventaire sont utiles au locateur, en préservant encore mieux son gage et en rendant tout détournement impossible; qu'ils doivent par conséquent primer sa créance, à moins qu'il n'ait déjà lui-même placé les meubles de son locataire sous le coup d'une saisie-gagerie. En résumé, pour savoir si tels ou tels frais de justice peuvent légitimement aspirer à primer une créance, il n'y a qu'à se demander s'ils ont été utiles ou non à cette créance; et souvent ainsi les frais de justice tiennent le premier rang des créances privilégiées, souvent ils sont primés par d'autres dont ils n'ont pas fait l'avantage.

Les frais de justice peuvent être dus à un assez grand nombre de créanciers différents, greffier, avoué, notaire, huissier, commissaire-priseur; c'est le cas d'appliquer l'art. 2097 : « Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence. » Mais cette règle reçoit ici une sorte de dérogation que nous devons signaler. L'ar-

ticle 657. C. pr. donne en effet à l'officier qui a fait la vente des meubles saisis, et qui en consigne le prix, un droit de déduction préalable de ses frais taxés, sur le montant de la consignation. C'est là un droit exorbitant qu'il ne faut pas élargir. Nous dirons donc que si l'officier vendeur avait consigné sans user de son droit de déduction, il ne pourrait pas prétendre à se faire colloquer sur le prix préférablement aux autres créanciers de frais judiciaires.

II. Frais funéraires.

Certaines personnes ont donné pour cause unique de ce privilège, la salubrité publique et l'intérêt des vivants, *ut corpora visu et odore fœda amoverentur*. Nous croyons qu'il a été inspiré par un sentiment d'un ordre plus élevé, par le respect que la nature a mis au cœur de tous les hommes pour la dépouille mortelle de leurs semblables. La loi a considéré selon nous, dans les funérailles, autre chose que le moyen de faire disparaître un cadavre insalubre; elle y a vu et elle y a favorisé un pieux hommage de regret rendu à celui que la mort vient d'arracher à sa famille. Voilà la pensée véritable de la loi; il importe de ne point la perdre de vue, car elle nous servira de guide dans les difficultés que nous allons rencontrer.

Et d'abord, quelles dépenses sont comprises dans le privilège des frais funéraires? Ce privilège était déjà consacré par le droit romain : la loi 14, §§ 3

et 4, D. *De relig.* énumère les dépenses qu'il faut y faire rentrer; quant au chiffre de ces dépenses, il devra varier avec la qualité et la fortune du défunt, *sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti* (L. 12, § 5, h. t.). Le juge arbitrera d'après l'équité : il n'admettra pas au privilège des dépenses exagérées; mais, d'un autre côté, c'est là une décision curieuse, il devra quelquefois repousser du privilège les funérailles par trop mesquines, par rapport à la position du défunt, *judicem qui de ea æquitate cognoscit, interdum sumptum omnino non debere admittere modicum factum, si sortè in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus factus sit, nam non debet hujus rationem habere cum contumeliam defuncto fecisse videatur, ità eum funerando* (L. 14, § 10, h. t.); et cependant, ces funérailles ont complètement satisfait aux exigences de la salubrité, mais elles n'ont pas satisfait à ce culte des morts que la loi a voulu encourager.

Notre ancien droit se montre généralement beaucoup plus difficile pour admettre au privilège les frais faits pour les funérailles. Un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 4 août 1692, rapporté par Denisart, tarifait à vingt livres au plus le montant des frais funéraires privilégiés; mais cette jurisprudence ne put s'établir. Un autre acte de notoriété du Châtelet du 24 mai 1694, constata la distinction introduite par l'usage entre les frais funéraires de premier ordre, c'est-à-dire le port du corps et l'ouverture de la fosse seulement, et les frais funéraires de second ordre : les premiers obtenaient seuls le privilège

des frais funéraires avec le bénéfice de son rang; les seconds n'étaient préférés qu'aux créanciers non privilégiés.

Dans notre droit actuel, l'art. 2101, 2^o, accorde d'une manière générale, un privilège de premier rang, après les frais de justice, aux frais funéraires, sans préciser ni quelles dépenses seront privilégiées, ni jusqu'à quelle somme elles le seront, les tribunaux ont sur ce point un pouvoir discrétionnaire, ils devront donc s'inspirer des sentiments qui ont dicté la loi, admettre les dépenses faites pour rendre au mort les honneurs convenables d'après sa position, et rejeter celles qui l'auraient été moins pour honorer le défunt que pour flatter la vanité des survivants.

C'est ici le moment de se demander si le deuil de la veuve fait partie des frais funéraires privilégiés? Dans l'ancien droit, le Parlement de Bordeaux tenait pour la négative, mais Pothier (Com. n^o 678) qui cite, à l'appui de son opinion, Lebrun, Renusson et autres, soutenait l'affirmative consacrée par la jurisprudence constante des Parlements de Paris et de Toulouse; c'était donc l'opinion généralement adoptée. Que décider aujourd'hui? l'art. 2101, 2^o, met au nombre des privilèges « les frais funéraires », je ne crois pas qu'on puisse lire dans ce texte la solution de la question; il me semble en effet difficile d'y voir suffisamment édicté le renversement de l'ancienne doctrine; je crois, au contraire, que les rédacteurs du Code n'ont pas innové sur ce point. Mais on objecte que les privilèges sont de droit étroit et qu'il n'est permis, sous aucun prétexte, de les étendre au-delà de

leurs termes; or, dit-on, les frais du deuil ne sont pas des frais funéraires, ils ne sont pas faits *propter funus*, pour le besoin des funérailles, à Paris du moins, où l'usage n'est pas que la veuve suive le convoi de son mari; car il en est autrement dans les localités où cet usage existe; le deuil est bien alors une dépense faite pour les funérailles. On peut répondre à cette objection qu'elle donne aux mots un sens beaucoup plus restreint que celui qu'ils ont réellement. Le deuil est une dépense véritablement funéraire, nécessitée par le décès et les funérailles, et, s'il n'est pas d'usage à Paris que la veuve suive le convoi de son mari, il est d'usage que, le jour des funérailles, soit avant le départ du convoi, soit au retour du cimetière, elle reçoive sa famille et celle de son mari; cette visite de condoléance est une sorte de cérémonie des funérailles, consacrée à la glorification du défunt, et les convenances exigent que la veuve soit en deuil pour recevoir ceux qui viennent unir leurs regrets aux siens. D'ailleurs s'il n'est pas d'usage que la veuve suive le convoi de son mari, il est d'usage que les domestiques suivent le corps de leur maître; le deuil des domestiques serait privilégié, celui de la veuve ne le serait pas. Laissons donc le texte qui ne décide rien, et cherchons quelle a été la volonté du législateur; or, si je me pénètre bien de l'idée qui domine ce privilège, basé sur des raisons de morale et de convenance, il ne me semble pas possible que le législateur en ait exclu le deuil de la veuve. Tous les auteurs reconnaissent que le privilège ne doit pas être restreint aux seules dépenses strictement né-

cessaires pour mettre le corps en terre ; tous s'accordent à permettre une pompe raisonnable ; la tenture de la maison mortuaire serait donc privilégiée, la robe noire de la veuve ne le serait pas (1).

L'art. 2101 établit un privilège pour les frais funéraires, privilège général, mais il ne dit pas sur les biens de qui, de là des difficultés. Est-il nécessairement restreint aux biens du défunt ; doit-on, au contraire, considérer comme privilégiés sur les biens d'un débiteur les frais faits par lui pour les funérailles d'autres personnes ? Une première opinion s'appuie sur l'absolutisme des termes de la loi, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* ; elle invoque en outre la loi 17, D. de reb. auct. jud. qui donne le privilège à toute créance *ex causa funeraria* ; mais on répond à la loi 17 en supposant qu'elle a en vue des frais funéraires dûs par un père de famille à raison du décès de son fils non émancipé ou de son esclave ; les lois 21 et 31 D. de relig. confirment cette explication ; reste l'argument tiré des termes généraux de la loi. Mais ce système n'est pas admissible, le débiteur pourrait ainsi grever ses biens de privilèges indéfinis, au grand détriment de ses créanciers, pour les funérailles de personnes qui lui seraient tout-à-fait étrangères, et la loi a toujours pris soin de ne donner de privilège général qu'à des créances qui, par leur nature, doivent rester modiques, de manière à ne

(1) Sic Pont, priv., n° 73. — Contrà. Valette, priv., n° 26. — Troplong, priv., n° 136. — Mourlon, Exam. crit. et prat., n° 70. — Taillefer, priv., p. 22.

pas causer un préjudice trop grave à la masse des créanciers.

Une seconde opinion diamétralement opposée à celle-ci, part de ces considérations pour réduire le privilège des frais funéraires aux seuls biens du défunt. Si les funérailles avaient été ordonnées au nom d'une autre personne, les créanciers funéraires n'auraient contre cette personne qu'une simple action chirographaire.

Un système intermédiaire me paraît préférable. Quand une personne est chargée par la loi des frais funéraires d'une autre, comme le père ou la mère usufruitier légal (art. 385, C. N.), c'est elle qui est débitrice de ces frais et non la succession du défunt, c'est donc sur ses biens que doit porter le privilège. Ce cas n'est pas le seul à mon avis. Le Code a établi entre certaines personnes, époux, ascendants et descendants, et alliés en ligne directe, l'obligation réciproque de se fournir des aliments, tout est-il dit entre ces personnes si étroitement unies par les liens du sang ou de l'affection, aussitôt que l'une d'elles a cessé d'exister ? son dernier souffle a-t-il éteint la dette alimentaire ? Je ne le crois pas, il reste encore à ces parents un devoir sacré, celui de lui procurer un dernier asile. C'est pour assurer le paiement d'une dette aussi respectable que j'admettrais le privilège des frais funéraires sur les biens de l'époux et des parents et alliés en ligne directe. Je fais observer qu'il n'y a rien d'arbitraire dans cette décision, car je ne donne le privilège qu'autant qu'il y avait *funus debitum* en vertu de la loi. Le privilège portera d'abord sur les biens du

défunt, et, en cas d'insuffisance, sur ceux des personnes que nous venons d'y déclarer soumises.

Lorsqu'un tiers a fait l'avance des frais funéraires, a-t-il droit au privilège pour se faire rembourser de ses avances ? Oui, dit M. Troplong, évidemment, car le privilège est accordé non à la personne du créancier, mais à la qualité de la créance. Mais à quelle qualité est accordé le privilège ? à celle de frais funéraires ; or, quelle est la qualité de la créance de celui qui a fait l'avance des frais funéraires ? c'est une créance d'argent prêté. Les privilèges et les cas de subrogation légale sont les uns et les autres limitativement fixés par la loi, il n'est pas permis d'en créer de nouveaux ; c'était à celui qui a prêté son argent à s'assurer le privilège par subrogation conventionnelle. D'après le système de M. Troplong, il faudrait, au contraire, accorder la subrogation légale toutes les fois que les avances auraient été faites pour éteindre une dette privilégiée.

Si, au lieu de se borner à faire des avances, un tiers avait commandé les funérailles ou s'était porté garant de la commande faite par les héritiers, il aurait alors le privilège pour obtenir son remboursement, parce qu'il serait dans un cas de subrogation légale, art. 1251, 3^o : « Celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette avait intérêt de l'acquitter. »

III. Frais de la dernière maladie.

C'est encore de la morale et de l'humanité que découle ce privilège. « Il eût répugné, disait le tribun

« Grenier, d'éloigner d'un citoyen les secours offerts à ses infirmités et à sa misère (1). » En quelque état de détresse que soit tombé le débiteur, la loi veut qu'il trouve toujours des secours ; voilà l'esprit du privilège. Il appartient concurremment à tous ceux à qui ces frais sont dûs ; c'est l'application de l'art 2097.

Mais dans quels cas peut-il être exercé ? Faut-il nécessairement, pour qu'il y ait privilège, que le débiteur ait succombé à la maladie pour laquelle les frais ont été faits, de telle sorte que si c'était non pas la mort, mais la faillite ou la déconfiture du débiteur qui donnât ouverture à la distribution, les médecins, pharmaciens, garde-malades, créanciers à raison de la dernière maladie ne seraient pas privilégiés. Les interprètes de la loi sont en désaccord complet sur cette question.

L'ancienne jurisprudence paraît n'avoir admis le privilège qu'en cas de mort du malade. La législation intermédiaire ne laissait pas de doute ; la loi du 11 brumaire an 7, art. 11, § 3, donnait le privilège pour *frais de dernière maladie et inhumation*. Mais le Code n'a pas reproduit la formule de la loi de brumaire ; il y a apporté un double changement : d'abord en séparant les frais d'inhumation des frais de dernière maladie, ensuite en remplaçant les *frais de dernière maladie* par les *frais de LA dernière maladie* ; quelque peu considérables en la forme que puissent paraître ces modifications, elles me semblent fort importantes au fond : en séparant les frais d'inhumation des frais de maladie, le Code nous montre que désormais ces

(1) Fenet, t. XV, p. 491.

deux idées ne se commandent plus, qu'elles ne sont plus liées l'une à l'autre d'une manière inséparable. En remplaçant l'expression qui avait cours dans le langage usuel du droit pour désigner la maladie mortelle par une expression plus générale, il achève de nous montrer que son intention n'a pas été de soumettre le privilège à la nécessité du décès du débiteur; d'autant mieux que, quand il a voulu conserver l'idée, il a bien su conserver la forme, témoin l'art. 385, 4°, que je citais tout-à-l'heure à propos du précédent privilège, et dans lequel nous retrouvons la formule : *les frais funéraires et ceux de dernière maladie*. On objecte que dans l'art. 2101, les frais de la dernière maladie suivent immédiatement les frais funéraires; mais il fallait bien les mettre quelque part, or l'article n'a que cinq numéros, il n'y en a donc que deux qui ne touchent pas les frais funéraires, fallait-il absolument placer les frais de la dernière maladie sous l'un de ces deux numéros, dût-on pour cela sacrifier toute l'économie du classement? On soutient enfin que le motif de la loi ne se retrouve plus si le débiteur n'est pas mort de sa maladie; car le motif est la nécessité de donner un peu de crédit au malheureux malade pour le cas éventuel où sa mort viendrait anéantir toutes les ressources ultérieures de son travail et de son industrie. Ceci revient à dire que la loi a voulu donner au malade assez de crédit pour être soigné à la condition que les soins seront inutiles, mais non s'il peut guérir.

Je crois, au contraire, que la loi a voulu lui donner assez de crédit pour être sauvé s'il peut l'être.

On parle de la reconnaissance du malade guéri et des ressources qu'il pourra trouver dans son travail, « pour avoir soin d'une dette si charitable et si favorable, comme dit Brodeau. Mais est-ce que l'on peut voir là, sérieusement, des éléments de crédit qui remplacent le privilège pour un malade qui va tomber en faillite ou en déconfiture? Je veux bien que ces considérations n'arrêtent pas le dévouement du médecin qui ne donne au malade que son temps, son talent et ses fatigues; mais le pharmacien, pour qui chaque médicament non payé se traduit en une perte commerciale, va-t-il arrêter ses fournitures, du jour où la mort lui paraîtra douteuse, pour ne pas compromettre le paiement de celles qui lui sont déjà dues? Et la garde-malade, pendant la crise qui va décider du sort du moribond et dont l'issue fatale pourrait quelquefois être conjurée par son zèle, aura-t-elle à calculer les chances de vie ou de mort pour savoir si elle sera ou non rétribuée de ses veilles (1)?

On objecte que, si on donne privilège pour d'autres maladies que celle dont le débiteur est mort, on arrive à le donner pour des maladies sans gravité, quelquefois pour des indispositions dérisoires. Mais il est bien peu de principes qui, poussés à l'extrême, ne puissent conduire à des abus. Au reste, si le privilège est réclamé pour une maladie sans gravité, les frais en seront insignifiants; et combien de maladies,

(1) *Sic* : Pont, n° 76. — Renouard, *Traité des faillites*, t. II, p. 210. *Contra* : Valette, n° 27. — Troplong, n° 137.

sans gravité au début, deviennent graves et quelquefois mortelles, faute de soins ! On ajoute que, tant qu'on n'aurait pas laissé prescrire la créance, on pourrait réclamer le privilège pour les frais d'une maladie remontant peut-être à dix ou vingt ans : ceci est vrai, mais le législateur n'a pas considéré ce résultat. Ce n'est pas à ce point de vue qu'il s'est placé ; il ne s'est pas placé après une maladie terminée, au jour d'une distribution de deniers, et n'a pas accordé le privilège par faveur pour ceux qui avaient soigné le débiteur depuis un délai plus ou moins long. Il s'est placé au jour où le débiteur tombe malade, et il s'est occupé alors de lui assurer des secours, en donnant à ceux qui les lui fourniraient un privilège, moins par faveur pour les créanciers que par pitié pour le débiteur. Ce privilège subsistera jusqu'à ce que la créance soit éteinte, ou jusqu'à ce que le débiteur étant atteint d'une nouvelle maladie, la loi, pour lui assurer cette fois encore des secours, ait besoin d'offrir le privilège à ceux qui consentiraient à les lui fournir.

D'ailleurs, dans l'opinion qui restreint le privilège à la maladie mortelle, que décider si la faillite ou la déconfiture arrive au milieu de la maladie ? Faudra-t-il admettre le privilège ? Les partisans du système que nous combattons tout à l'heure se divisent ici. M. Troplong distingue : si la maladie est encore dans toute sa gravité, il admet le privilège ; sinon il le repousse. Mais cette décision n'est pas juridique : ou le malade guérira, et alors il ne peut pas y avoir privilège, ou il succombera, et alors qu'importe le

plus ou moins de gravité actuelle de la maladie? Aussi M. Valette décide-t-il que la collocation du privilège doit être faite conditionnellement et pour se réaliser si le débiteur succombe à la maladie (1). Mais qui ne voit le danger de mettre ainsi aux prises la vie du malade avec l'intérêt de ceux dont les efforts seuls peuvent la lui conserver?

En cas de maladie chronique, quelle sera l'étendue du privilège? C'est une question qu'il faut laisser à l'appréciation des tribunaux.

Les frais de la dernière maladie ne peuvent comprendre, à mon sens, que les frais de traitement, et non les dépenses faites pendant la maladie pour satisfaire de simples caprices du malade, encore bien qu'elles ne soient pas hors de proportion avec sa position (2).

IV. Salaire des gens de service.

Ce privilège, comme les précédents, tire son principe de l'humanité. La loi favorise les gens de service dont le salaire, presque toujours fort modique, est cependant la seule ressource. Il ne faut pas qu'ils soient punis de ne pas avoir abandonné leur maître aussitôt que la fortune a paru s'écarter de lui.

Un acte de notoriété du Châtelet de Paris admettait au privilège les salaires d'une année des domestiques de ville seulement. Pothier, qui le rapporte, exprimait le vœu que ce privilège se généralisât, et

(1) *Sic* : Taillefer, Priv. sur les meubles, p. 29.

(2) *Secus* : Persil, sur l'art. 2101, § 3. — Zachariæ, t. II, p. 260.

faisait observer qu'il ne l'avait jamais vu employer dans les ordres et distributions. Cependant un arrêt de la Cour de Paris du 14 therm. an xi, a jugé qu'il existait sous la coutume de Paris pour tous domestiques en général. Bourjon, dans son *Droit commun*, liv. VI, tit. viii, n° 71, l'accorde aussi aux domestiques sans distinction, pour l'année échue et la courante; et Valin, sur l'art. 60 de la coutume de la Rochelle, l'admet dans les mêmes termes : « Ce privilège, ajoute-t-il, est ancien dans notre usage. »

Nous le retrouvons dans l'article 11 de la loi du 11 brum. an vii, au profit des domestiques.

Le Code le donne aux gens de service : « Les gens de service, dit M. Valette, sont les personnes qui servent, qui ont et reconnaissent un maître. » Il ne faut donc pas considérer comme gens de service les personnes employées à une occupation libérale, les précepteurs, secrétaires, bibliothécaires, aumôniers. La loi a parlé le langage de tout le monde; on ne saurait dire que ces personnes servent. Du reste, le motif du privilège, salaire modique constituant la seule ressource de celui à qui il est dû, n'existe pas pour elles.

Des difficultés s'élevaient avant la loi du 28 mai 1838 sur les faillites, à l'occasion des ouvriers des fabriques et des commis; aujourd'hui, plus de difficulté sur ce point : le nouvel art. 549 C. Com. a établi en leur faveur un privilège pour les salaires du mois avant la déclaration de faillite quant aux ouvriers, et des six mois quant aux commis. Cette différence dans l'étendue du privilège s'explique en ce

que les ouvriers vivant au jour le jour, l'usage est de les payer beaucoup plus fréquemment.

Les gens de service ont privilège pour l'année échue et ce qui est dû de l'année courante : est-ce à dire qu'ils n'ont privilège qu'autant qu'ils sont à l'année, et qu'ils n'en auraient pas s'ils étaient au mois, par exemple ? Le Code ne dit rien de semblable ; il établit un privilège pour les salaires, mais pendant combien de temps ? Pour les salaires de l'année échue et ce qui est dû de l'année courante ; il ne dit pas autre chose. On objecte que l'art. 2102, 1^o, n'aurait pas besoin, s'il en était ainsi, d'établir un autre privilège pour les moissonneurs ; mais nous répondons d'abord que cet article établit le privilège, non pas seulement pour les moissonneurs, mais pour les frais de récolte en général, et que son but principal est de donner rang à ce privilège avant celui du bailleur ; ensuite que, même pour les moissonneurs, l'article n'est pas inutile, l'habitude de nos campagnes étant de louer, pour faire la récolte, des ouvriers de passage, étrangers à la ferme, qui ne sont pas par conséquent gens de service, et qui, l'ouvrage fait, vont moissonner chez un autre. On objecte encore que la durée du privilège cadre parfaitement avec la prescription des salaires des domestiques à l'année, qui s'accomplit par un an (art. 2272, 5^o), mais qu'il en est tout différemment pour ceux qui ne sont pas à l'année. On répond qu'ils peuvent avoir une reconnaissance de leur maître, ou qu'ils peuvent avoir interrompu la prescription de toute autre manière ; que d'ailleurs, évidemment, ils ne pourront

invoquer le privilège à l'appui de leur créance qu'autant qu'elle ne sera pas éteinte.

Le privilège des gens de service leur est donné pour leurs salaires, il va sans dire qu'il ne seraient pas recevables à s'en prévaloir pour d'autres créances s'ils en avaient envers leur maître.

V. Fournitures de subsistances.

Privilège général est accordé aux créances résultant de fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille. Le fondement de ce privilège est le même que pour les frais de la dernière maladie. En quelque état de détresse que se trouve le débiteur, la loi a voulu que les marchands ne fussent pas empêchés de lui fournir des subsistances par la crainte de son insolvabilité. Ceci nous montre que les fournitures que la loi a privilégiées sont les fournitures de subsistances entendues dans une mesure raisonnable, mais non les dépenses de luxe purement superflues. Il est assez difficile de poser en principe de droit que telles fournitures sont nécessaires, telles autres superflues, il faut laisser au juge le soin de l'apprécier en fait. Mais quel genre de fournitures peut-on faire rentrer dans la classe des subsistances? je crois que ce serait trop restreindre le privilège que de ne l'accorder que pour les fournitures de bouche, ce serait d'ailleurs en détruire tout l'effet. Comment croire que la loi en accordant un privilège aux fournitures de viande, ait entendu le refuser pour le bois ou le charbon sans lequel la viande est inutile? Je

pense donc qu'il faut entendre par subsistances tout ce que nécessite la consommation journalière du ménage en denrées alimentaires ou non. Mais il faut se garder d'aller trop loin et d'y comprendre même les fournitures d'habillement et de logement, bien qu'elles soient indispensables à la vie, car le mot subsistances *latissimo sensu*, ne saurait les embrasser (1).

Les fournitures faites au débiteur et à sa famille sont seules privilégiées. Si le débiteur était aubergiste ou traiteur, il faudrait par conséquent distinguer les fournitures faites pour la famille de celles faites pour les consommateurs. La famille, c'est la maison, la *familia* dont le débiteur est le chef; elle comprend toutes les personnes qui vivent sous son toit et à sa table et qui sont, en un mot, à sa charge.

Le privilège est donné pour fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille, savoir : pendant les six derniers mois par les marchands en détail, et pendant la dernière année, par les maîtres de pension et les marchands en gros. Ce délai se calcule rétrospectivement en se plaçant au jour de la mort du débiteur, ou, en cas de déconfiture, au jour de la dernière production faite par le fournisseur à la distribution des deniers, ou bien enfin, en cas de faillite, au jour de la déclaration de faillite, car, de ce jour, les secours alimentaires seront alloués au failli par le juge-commissaire sur le rapport des syndics (art. 474, C. com.). Dans l'ancienne jurisprudence, il y avait

(1) Duranton, t. XIX, n° 67. — Valette, n° 35. — Pont, n° 92. — Secus, Troplong, n° 148.

accord parfait entre le délai du privilège accordé aux fournisseurs de subsistances, et le délai de la prescription de leurs créances, car elles se prescri-vaient par six mois pour les détaillants et par un an pour les marchands en gros. Mais aujourd'hui il n'en est plus ainsi. Le Code a établi une prescription uniforme d'un an pour les créances des marchands à raison des marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands (art. 2272, 3^e alinéa). Si donc l'accord continue d'exister pour les marchands en gros, il est tout à fait rompu pour les marchands en détail, à l'exception des hôteliers et traiteurs que l'art. 2271 a maintenus sous le coup de la prescription de six mois. Cette discordance entre la durée du privilège et celle de la créance doit-elle être attribuée à une inadvertance des rédacteurs du Code ? on l'a dit et c'est possible ; cependant on peut justifier cette anomalie plus apparente que réelle : l'usage des marchands en détail est de faire moins de crédit que les marchands en gros, les autres créanciers n'ont donc pas dû compter qu'ils seraient primés par des fournitures au détail remontant à plus de six mois ; mais, d'un autre côté, il serait bien dur de déclarer la créance prescrite au bout d'aussi peu de temps, le législateur a pris un terme moyen ; il a donné privilège pour les six derniers mois seulement ; quant aux six mois antérieurs, le détaillant n'a qu'une simple créance chirographaire.

Mais à quoi distinguerons-nous le marchand en gros du marchand en détail ? Ce n'est pas à son enseigne ni à ses habitudes commerciales ; qu'importe,

en effet, qu'il vende habituellement en gros si, dans l'espèce, il a vendu en détail ; c'est uniquement à l'importance des fournitures dont le marchand réclame paiement ; et le marchand en gros sera pour nous marchand en détail, ou réciproquement, selon qu'il aura vendu par grandes ou petites quantités au débiteur.

Notre article ne donne de privilège qu'aux marchands ; les personnes non marchandes qui auraient fait des fournitures, n'auraient donc pas le privilège général de l'art. 2101, 5° ; elles pourraient seulement avoir, suivant les circonstances, le privilège particulier du vendeur non payé sur la chose par lui vendue (art. 2102, 4°). Il est cependant une classe de non commerçants que l'art. 2101, 5°, admet au privilège des fournitures de subsistances à l'égal des marchands en gros, je parle des maîtres de pension ; mais il ne faut pas se tromper sur l'étendue du privilège que la loi leur accorde, rappelons-nous qu'elle ne l'accorde que pour les fournitures de subsistances, et que ce serait créer un nouveau privilège que de l'étendre aux autres créances du maître de pension, telles que fournitures de livres ou frais d'éducation.



CHAPITRE II.



Privilèges sur certains meubles.

A l'exception du privilège des frais de justice, qui prend naissance dans une gestion d'affaires au profit

de tous les créanciers, tous les privilèges généraux reposent sur des idées d'ordre public, de morale et d'humanité. En abordant l'examen des privilèges particuliers sur les meubles, il faut rompre avec ces considérations : elles n'ont que faire ici. Les privilèges dont il nous reste à nous occuper, sont basés sur des considérations purement juridiques, et n'ont d'autre but que la protection d'intérêts privés. Quelles sont cependant les causes de la faveur que la loi accorde à ces créances ? Elles peuvent être réduites à deux : 1^o constitution de gage expresse ou tacite, le créancier est nanti, on ne peut lui enlever purement et simplement la chose qui, par l'effet du gage, est devenue en quelque sorte sienne jusqu'à concurrence de sa créance ; 2^o créance acquise par la mise ou la conservation d'une chose dans le patrimoine du débiteur, le gage commun a été conservé, ou augmenté d'un objet nouveau, aux dépens d'un seul des créanciers, rien de plus juste que de ne pas permettre aux autres d'en profiter avant d'avoir indemnisé celui qui seul en a fait les frais.

Je me proposais d'abord d'envisager successivement chacune de ces idées, et, suivant l'ordre le plus rationnel, d'analyser sous deux titres différents tous les privilèges qui en découlent ; mais ce projet avait l'inconvénient de diviser certains privilèges qui relèvent à la fois partie de l'une et partie de l'autre idée ; j'ai dû y renoncer pour ne pas détruire l'unité qui me semble indispensable dans l'étude des droits d'un même créancier, si on veut pouvoir en apprécier d'un seul coup d'œil le caractère et l'ensemble. Je sui-

vrai donc tout simplement l'art. 2102 pour les privilèges particuliers, comme j'ai suivi l'art. 2101 pour les privilèges généraux, tout en faisant remarquer cependant qu'il n'y a pas le même intérêt à conserver l'ordre de la loi, car l'article 2102 donne une simple liste et non une classification, il se borne à dire : « Les privilèges sur certains meubles sont... » sans ajouter comme l'art. 2101 ; « ...et s'exercent dans l'ordre suivant » ; il ne faut donc pas voir dans ces numéros une série d'ordre, mais une simple série d'énumération. Encore n'est-elle pas irréprochable, car l'article n'a que sept numéros, bien qu'il contienne en réalité huit et même neuf privilèges, comme nous aurons à le faire remarquer.

Les privilèges de l'art. 2102 étant, non pas généraux mais particuliers, sur certains meubles seulement, nous aurons sur chacun d'eux une question nouvelle à nous proposer, celle de savoir sur quels objets il porte.

I. A. Privilège du locateur.

§ 1^{er}. — A QUI IL APPARTIENT.

Le privilège du locateur n'existait pas en droit romain, c'est cependant aux lois romaines que nous en avons emprunté le principe. A défaut de privilège en effet, une hypothèque tacite était accordée au locateur d'immeubles ; cette hypothèque prit dans notre ancien droit, même dans les pays de droit écrit, le caractère de privilège que le Code Napoléon lui a conservé. Sous le Code comme auparavant, le privi-

lége n'appartient qu'au locateur d'immeubles; c'est ce qui résulte de l'art 2102, 1°. Mais il faut prendre garde de s'attacher trop à la lettre de cet article; si l'on s'en tenait strictement à ses termes, il faudrait dire que le privilège n'appartient pas à tout locateur, qu'il n'appartient qu'au locateur propriétaire; le contraire cependant ne peut faire l'objet d'un doute en présence de l'art. 819, C. pr., qui parle des principaux locataires en même temps que des propriétaires. Il n'y a d'ailleurs aucune raison de distinguer; ce que la loi a considéré pour accorder le privilège, c'est la qualité de la créance et non celle du créancier; du moment que des loyers sont dûs, qu'importe qu'ils le soient à un propriétaire, à un principal locataire ou à un usufruitier; aussi personne n'hésite à reconnaître le privilège au profit de tout locateur. L'ancien droit allait plus loin: il l'admettait même au profit de quiconque avait payé à la décharge du locataire; mais nous ne saurions décider de même aujourd'hui, en dehors des cas de subrogation consacrés par la loi. Nous avons déjà insisté sur ce point à propos des frais funéraires.

§ 2. — SUR QUOI IL PORTE.

« Sur les fruits de la récolte de l'année et sur
« le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la
« ferme, et de tout ce qui sert à l'exploitation de la
« ferme. » (art. 2102 1°.)

Sur les fruits de la récolte de l'année. — La loi 7 au Digeste *in quibus causis*, donnait au bailleur d'un hé-

ritage rural hypothèque tacite sur les fruits du fonds, cette hypothèque ne semble même pas avoir été restreinte à la récolte de l'année. Devenue privilège, elle se retrouve dans notre ancien droit avec la même étendue, aussi bien dans les pays de coutumes que dans ceux de droit écrit. Le Code n'a pas suivi les mêmes errements; nous venons de voir dans l'art. 2102 le privilège restreint aux fruits de la récolte de l'année. Cette restriction, au reste, n'a pas chez nous toute la gravité qu'elle aurait eue en droit romain : à Rome, l'hypothèque tacite du bailleur d'un fonds rural n'avait d'autre objet que les récoltes; chez nous, au contraire, le privilège porte en outre sur tout ce qui garnit la ferme; notre bailleur retrouvera donc souvent, à titre d'objets garnissants, les récoltes des années antérieures que la loi romaine lui affectait à simple titre de récoltes; il est, en effet, hors de contestation que le Code, en accordant au locateur à côté du privilège sur tout ce qui garnit les lieux loués, un privilège spécialement sur la récolte de l'année, n'a pas entendu excepter les récoltes précédentes dans le cas où elles garniraient les granges; mais, au contraire, grever celles de l'année dans le cas même où elles n'auraient pas été engrangées dans les lieux loués; c'est là une disposition éminemment favorable au créancier, et qu'il n'est pas permis de faire tourner contre lui.

Le privilège sur les fruits de l'année ne repose pas sur l'idée du nantissement, il repose sur cette idée que la récolte a été prise par le bailleur dans le patrimoine du preneur. En aliénant la récolte au pro-

fit du preneur, le bailleur a, pour ainsi dire, retenu sur elle un droit de préférence. Mais pourquoi ne reconnaître ce droit que sur la récolte de l'année ? c'est que les récoltes étant périodiques, sont destinées à être vendues dans l'année, de manière à ce que la précédente cède les greniers à la suivante; la loi ne suppose pas que le fermier qui ne paye pas son bailleur laisse d'anciennes récoltes s'accumuler sans les vendre. Si d'ailleurs il les avait conservées hors la ferme, il pourrait y avoir de graves difficultés à constater l'identité des récoltes déjà anciennes; si, au contraire il les avait conservées à la ferme, elles seraient grevées comme meubles; mais peu importe alors leur identité, peu importe qu'elles aient ou n'aient pas été produites par le fonds loué, car le privilège qui les grève est fondé sur le nantissement.

De là une différence importante entre la récolte de l'année et les récoltes antérieures, alors même qu'elles sont frappées du privilège. Si les récoltes antérieures sont déplacées, si elles sortent de la ferme, le privilège s'éteint, car elles ne garnissent plus la ferme; si au contraire la récolte de l'année est enlevée de la ferme, le privilège n'en subsiste pas moins, car ce déplacement ne porte pas atteinte à la qualité de récolte de l'année à laquelle est attaché le privilège. Mais il ne faudrait pas croire pour cela que le bailleur n'ait aucun intérêt à ce que la récolte de l'année soit engrangée dans la ferme; un intérêt évident se manifeste au premier coup d'œil. Aussitôt qu'une récolte nouvelle vient ôter à la précédente la qualité de récolte de l'année, le privilège est perdu sur

celle-ci, à moins qu'elle ne soit dans la ferme; ensuite quelque récente que soit la récolte, le privilège du bailleur du fonds sera primé par le privilège du locateur de la grange, à moins que celui-ci n'ait eu connaissance du privilège grévant les fruits avant leur introduction dans la grange. Enfin il pourra quelquefois être difficile d'établir l'identité des fruits même de l'année dans les bâtiments d'un tiers. Aussi tout preneur de bien rural est-il tenu d'engranger les récoltes dans les lieux à ce destinés d'après le bail (art. 1767, C. N.), et le bailleur a le droit de s'opposer à ce qu'elles en soient distraites. Cependant il n'a le droit de s'opposer qu'au déplacement frauduleux; il ne peut donc pas s'opposer à ce que la récolte soit enlevée après vente régulière, ni même à ce qu'elle soit enlevée pour être transportée au marché et mise en vente, car il y a consenti en donnant son bien à bail. Les récoltes sont destinées à être vendues, et c'est avec leur prix que s'acquittent les fermages.

Peu importe pour le privilège que la récolte soit encore sur pied; en vain objecterait-on que les fruits encore pendants font partie du fonds, et sont par conséquent immeubles. On répond que les fruits ne sont saisis et vendus que pour être détachés; que d'ailleurs le fonds lui-même n'est pas saisi, et que les fruits ne peuvent avoir d'existence indépendante de celle du fonds qu'en tant que meubles; qu'enfin ce n'est aussi qu'en tant que meubles qu'ils appartiennent au fermier. Tel est le système de la loi; car elle ordonne que les deniers provenant de vente

sur saisie-brandon soient distribués par contribution (art. 635, C. pr.).

Sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme, et de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme. — Le droit romain donnait hypothèque tacite au locateur de maison sur les meubles garnissants, mais il refusait cette hypothèque au bailleur d'une ferme : *eo jure utimur ut quæ in prædia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur quasi id tacite convenerit; in rusticis prædiis contra observatur* (L. 14, D. *In quib. caus.*). La raison de cette différence est aisée à comprendre : le locateur de maison n'ayant d'autre garantie que les meubles de son locataire, on présumait que la location contenait toujours une convention tacite d'hypothèque de ces meubles, mais il n'en était pas de même pour le bailleur d'un héritage rural ; l'hypothèque que la loi lui conférait sur les récoltes faisait présumer, en cas de silence du bail, qu'il s'était contenté de cette sûreté et n'avait pas jugé nécessaire d'exiger hypothèque aussi sur les meubles du fermier.

Les pays de droit écrit restèrent fidèles sur ce point à la doctrine romaine, sauf le changement de l'hypothèque en privilège. Quant aux coutumes, elles se divisèrent, les unes admettant la distinction entre les locations rurales et urbaines ; d'autres donnant lieu, par leur silence, aux controverses des jurisconsultes ; le plus grand nombre enfin la repoussant, et de ce nombre, la coutume de Paris.

Les rédacteurs du Code Napoléon ont adopté ce dernier système, et l'art. 2102 donne privilège au

bailleur sur tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme.

Tout ce qui garnit : qu'entendrons-nous par là ? C'est une question sur laquelle les commentateurs de la loi ne sont pas d'accord. D'après les uns, il n'y a de meubles garnissants que ceux qui sont placés en évidence ; ce sont les seuls sur lesquels le locateur ait dû compter pour le paiement de ses loyers, parce que ce sont les seuls qu'il ait pu voir. Mais s'il a vu des buffets, des armoires, est-ce qu'il a dû compter sur des buffets et des armoires vides ? Un logement n'est pas un magasin, et, quand on le voit garni de meubles, on ne peut pas supposer que ces meubles ne contiennent rien. Comment admettre alors que le locateur, isolant le contenant du contenu, n'ait pas considéré l'un et l'autre comme garantissant également son loyer ? D'autres auteurs, allant un peu plus loin, soumettent aussi au privilège certains objets renfermés, comme le linge, la vaisselle, etc. Ce sont là, en effet, des choses sur la valeur desquelles le propriétaire a pu raisonnablement compter. Ce système est assurément plus équitable, mais il a l'inconvénient de nous jeter dans l'arbitraire ; aussi je crois qu'il faut reconnaître, au mot *garnissant*, un sens fort large : les objets renfermés garnissent les meubles qui les renferment, et les meubles, avec ce qu'ils contiennent, garnissent les lieux loués. Sans doute je ne soumettrai pas au privilège les titres de créance, car les créances *in solo jure consistunt*, elles ne résident nulle part ; les titres ne sont que de simples constatations. Je n'y soumettrai pas non plus

l'argent; car il n'a pas été apporté dans les lieux loués pour y rester, mais au contraire pour être dépensé au dehors. Mais je crois, pour me résumer, que si le privilège ne frappe pas tous les meubles qui se trouvent dans la maison ou la ferme, il frappe du moins tous ceux qui y ont été introduits pour y demeurer, *non omnia illata vel inducta sed ea sola quæ, ut ibi sint, illata fuerint*. Parmi ceux-ci, toute distinction me semble arbitraire : les bijoux et pierres sont donc, à mon avis, compris dans le privilège, car ils ne sont pas dans les lieux loués plus transitoirement que les autres meubles; ils y sont pour y demeurer. Pourquoi le bailleur n'aurait-il pas dû compter sur eux comme sur les autres (1)? A quelle règle certaine pourrait-on reconnaître autrement si tel objet, non placé en évidence, est ou n'est pas grevé du privilège?

Faut-il distinguer si les meubles appartiennent au locataire ou à un tiers? La loi romaine faisait cette distinction : elle n'admettait pas que le locataire eût le droit d'hypothéquer à son locateur des objets appartenant à autrui; les meubles des tiers échappaient donc à l'hypothèque (2). Les coutumes, au contraire, soumirent au privilège les meubles même appartenant à des tiers, et notre Code a adopté la même doctrine. A l'objection que le locataire n'a pas le droit d'affecter la chose d'autrui à la garantie de ses créanciers, il oppose la règle : « *en fait de meubles posses-*

(1) Pont, Priv., n° 122.

(2) L. 5, pr., D., in quib. caus.

« sion vaut titre. » Le bailleur, en effet, est un créancier nanti, et il peut invoquer cette règle dans les limites de son intérêt; mais, pour qu'il puisse l'invoquer, il faut qu'il soit possesseur de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ait ignoré, au moment de l'introduction des meubles dans la maison ou la ferme, qu'ils n'appartenaient pas au locataire. Ainsi, en principe, privilège même sur la chose d'autrui, exceptionnellement pas de privilège, 1^o si la chose a été perdue ou volée; 2^o si le locateur savait, avant l'introduction de la chose, qu'elle était à autrui, car après il serait trop tard : aussitôt introduite, elle est saisie par le privilège du locateur, dont elle n'est préservée qu'autant qu'à ce moment il n'est pas de bonne foi; 3^o si c'est à raison de la profession du locataire que la chose d'autrui se trouve dans les lieux loués, comme les montres à réparer chez un horloger, les chevaux et les effets des voyageurs chez un hôtelier : cette exception rentre dans la précédente, car le locateur était prévenu par la profession du locataire.

On a fait remarquer que la raison d'être du privilège sur les choses n'appartenant pas au locataire, est double : 1^o le bailleur, n'étant pas averti, a dû compter sur ces objets; 2^o le propriétaire de ces objets a virtuellement consenti à leur affectation à la garantie des loyers, en ne faisant pas connaître son droit au bailleur. Il faut que ces deux circonstances se trouvent réunies pour qu'il y ait privilège : si les choses ont été perdues ou volées, la première se rencontre bien, mais non la seconde; donc, pas de

privilège. Si le bailleur savait que les choses n'appartenaient pas au locataire, c'est la première qui ne se rencontre plus; donc encore, pas de privilège. Tout ceci, nous le répétons, n'est que l'application de l'art. 2279 au locateur.

Si les meubles qui garnissent les lieux loués appartiennent à un sous-locataire, le propriétaire en a été suffisamment averti par l'occupation de la maison ou de la ferme par le sous-locataire, aussi n'a-t-il droit sur ces meubles que jusqu'à concurrence du prix de la sous-location qui peut être dû au moment de la saisie, sans cependant que les paiements faits par anticipation puissent lui être opposés, à moins qu'ils n'aient été ainsi faits en conséquence d'une stipulation du bail ou de l'usage des lieux (art. 1753, C. N. et 820, C. pr.); c'est qu'il y avait là une ouverture trop facile à la fraude.

Les droits du locateur sont, on le voit, infiniment plus restreints sur les meubles du sous-locataire que sur ceux du locataire principal; c'est à lui à veiller à ce que sa créance ne soit pas compromise par le fait de la sous-location. Il peut exiger, sous peine d'expulsion, que le principal locataire continue à tenir les lieux garnis de meubles suffisants, ou qu'il lui donne d'autres sûretés capables de garantir le paiement des loyers. Le droit du propriétaire vis-à-vis du sous-locataire se confond, quant au montant de la somme qui peut être poursuivie sur les meubles de celui-ci, avec le droit accordé à tout créancier par l'art. 1166. Il ne faut pas s'y tromper, cependant; c'est là un droit direct que le propriétaire exerce, en

son propre nom et en sa qualité de locateur, sur les objets mobiliers garnissant son immeuble; il n'aura donc pas à subir le concours d'autres créanciers du principal locataire.

§ III. — POUR QUELLES CRÉANCES.

Le privilège du locateur garantit les loyers et fermages, les réparations locatives et tout ce qui concerne l'exécution du bail; de même à Rome, l'hypothèque du locateur s'étendait à toute créance résultant de la location (1). Le privilège est donc ici très-étendu, il protège non-seulement les créances qui sont de la nature du contrat de louage, mais aussi l'exécution des clauses tout-à-fait accidentelles qui peuvent se rencontrer dans le bail; ainsi le remboursement des avances faites par le propriétaire au fermier et constatées dans le bail; mais faut-il nécessairement qu'elles y aient été constatées? Un grand nombre d'auteurs pensent que le privilège s'applique à toutes avances faites par le bailleur au preneur pour l'exploitation des biens loués, encore que l'acte de bail ne les constate pas, encore même qu'elles n'aient été faites que pendant le cours de la location; c'est, dit-on, en réalité, une convention additionnelle, un appendice au bail; telle était d'ailleurs l'opinion de Pothier, le Code n'a pas dit qu'il voulût y déroger. Il me semble, au contraire, qu'il faut faire violence au texte pour admettre ce système; la loi donne pri-

(1) L. 2. D., in quib. caus.

vilège pour tout ce qui concerne l'exécution du bail, or il n'est pas question de ces avances dans le bail, et les arguments d'analogie ne sont pas reçus en matière de privilèges.

Revenons aux loyers et fermages : dans quelle mesure sont-ils privilégiés ? Les coutumes étaient loin de s'accorder sur ce point. Pothier nous apprend qu'à Orléans, l'usage constant était d'accorder le privilège pour tous loyers échus ou à échoir, sans distinguer entre le bail verbal ou écrit, ayant date certaine ou non ; tandis qu'à Paris, le Châtelet accordant le privilège pour toutes obligations résultant d'un bail notarié, ne le donnait que pour trois termes échus et pour le courant en cas de bail verbal ou sous seing privé.

L'art. 2102, 1^o, consacre une distinction de ce genre : si le bail a date certaine, qu'il soit authentique ou sous seing privé, le privilège embrasse tous les loyers échus et tous les loyers à échoir. C'est là un droit exorbitant. Non seulement les loyers à échoir, pour lesquels le propriétaire est privilégié, ne lui sont pas encore dûs, mais peut-être même ne lui seront-ils jamais dûs ; car la dette de loyers est, jusqu'à un certain point, conditionnelle, elle est subordonnée à la condition que le bailleur fera jouir le preneur. On répond à cette critique de la loi que le bailleur, pour son privilège, n'est pas en lutte avec le locataire, mais avec d'autres créanciers qui veulent se partager le gage sur lequel il a compté, et légitimement dû compter, jusqu'à la fin du bail. Si le bail n'a pas date certaine, le privilège a lieu, dit notre article, pour une année

à partir de l'expiration de l'année courante. Voilà pour l'avenir, mais quant au présent, quant au passé, le Code est muet; comment interpréter ce silence? C'est une question ardue sur laquelle les juriscultes sont profondément divisés.

Une première opinion fort simple veut s'en tenir au texte de la loi, le lire et l'appliquer. Ainsi : privilège pour une année à partir de l'expiration de l'année courante, mais pour l'année courante elle-même et les années antérieures, pas de privilège; les privilèges sont de droit étroit et ne peuvent être étendus. D'ailleurs, le Châtelet de Paris, comme nous l'avons vu, ne donnait au propriétaire qui n'avait point passé bail devant notaire, privilège que pour une année de loyers; le Code a conservé ce système (1).

Une seconde opinion fait observer qu'il serait inexplicable que le Code eut voulu privilégier les loyers d'une année à venir et refuser le privilège pour les loyers de l'année présente; le Châtelet, sans doute, ne privilégiait qu'une année, mais quelle était cette année? c'était l'année courante : trois termes échus et le courant. Autant cette jurisprudence est raisonnable, autant serait illogique la doctrine que l'on prête au Code. Une fois le privilège du locateur admis, on comprend qu'il y ait eu doute pour les années à venir, mais le doute n'est pas possible pour l'année courante. Voilà pourquoi on a bien songé à limiter le privilège pour l'avenir et l'on n'a pas songé à parler du présent. Le locateur est donc privilégié

(1) Favart de Langlade, Rép. v^o privil.

pour l'année courante et pour une année après l'expiration de l'année courante (1).

Quand le bail a date certaine, le privilège s'étend sur tous les loyers passés, présents et à venir; quand le bail n'a pas date certaine, il est restreint, au contraire, dans les termes que nous savons. La raison de cette différence est la facilité avec laquelle le bailleur et le preneur pourraient dans le second cas colluder au préjudice des créanciers du preneur, soit en simulant un bail ou en reculant le terme du bail existant, soit en augmentant le prix des loyers. La crainte de ces fraudes ayant dicté le texte dont nous discutons la portée, peut, je crois, nous en faire apprécier le véritable sens. Arrivons à la troisième opinion : le bailleur est privilégié pour toutes les années échues, pour l'année courante et pour une année après l'expiration de l'année courante; il ne diffère donc de celui dont le bail a date certaine que pour les loyers à venir. L'article venait d'accorder le privilège de la manière la plus étendue au bailleur à date certaine; craignant un accord frauduleux entre le locataire et le bailleur sans date certaine, il restreint le privilège qu'il donne à celui-ci, et comment le restreint-il ? il nous le dit, il le restreint pour les loyers à venir. La seule fraude, en effet, qui soit sérieusement à craindre, la simulation du bail, n'est à craindre que pour l'avenir. Comment simuler un bail dans le passé ? L'existence d'un bail se révèle aux yeux de tous par

(1) Terrible, Disc. au Corps législ. sur les art. 819 et 820 du Code de procéd. — Valette, pages 70 et suiv.

un signe extérieur que la notoriété publique constatera toujours facilement, l'occupation par le locataire ; ce serait en vain que l'on tenterait de reculer l'entrée en jouissance à une époque antérieure à la réelle ; pour l'avenir, au contraire, rien de plus facile que d'éloigner la fin du bail. Quant à l'augmentation du prix de location, cette fraude, à moins d'être minime, est bien difficile à pratiquer, car il y a une sorte de cours pour les locations, l'augmentation du prix mènerait bien vite à l'exagération, et les autres créanciers du locataire peuvent demander une expertise. Une autre fraude encore serait la suppression des quittances des loyers payés, mais en quoi serait-elle plus difficile avec un bail ayant date certaine. Ce système paraît confirmé par les termes de l'art. 819, C. pr., qui permet aux propriétaires de saisir-gager pour les loyers et fermages échus sans aucune distinction. Disons donc que la loi n'a parlé que de l'avenir, parce qu'elle n'a voulu restreindre que l'avenir, et qu'en accordant une année dans l'avenir, elle a suffisamment exprimé qu'elle accordait nécessairement à *fortiori* le présent et même le passé (1).

Une quatrième opinion s'est récemment produite ; la loi dit : « une année à partir de l'expiration de l'année courante. » Constatons d'abord qu'elle n'accorde privilège que pour une seule année à partir de *l'expiration de l'année courante*, il y a là une inadvertance du législateur, il faut lire : à partir du *terme courant*, puis il ne faut pas, partant de l'expiration du

(1) Duranton, t. XIX, n° 92. — Troplong, n° 156.

terme courant aller en avant et prendre l'année dans l'avenir; il faut, au contraire, revenir en arrière et prendre l'année dans le passé, et l'on aura : trois termes échus et le terme courant, c'est-à-dire la reproduction fidèle de l'ancien usage du Châtelet. « Malheureusement, comme le dit lui-même l'auteur de cette interprétation nouvelle, le texte y répugne si énergiquement qu'elle sera difficilement admise (1). »

Si le bail n'avait pas de date certaine lors de l'entrée en jouissance, mais que, par un événement ultérieur, il en eut acquies une avant la faillite ou la saisie, nous l'assimilerions complètement au bail ayant date certaine *ab initio*, la loi le présume sincère, sauf, comme toujours, aux autres créanciers à prouver la fraude s'il y a lieu. Notons seulement qu'il faut au moins que la date certaine soit antérieure à la faillite ou à la saisie, car le débiteur ne peut plus dès lors constituer de droit de préférence.

Si à l'expiration d'un bail à date certaine le preneur avait été laissé en jouissance, quel privilège le propriétaire pourrait-il invoquer en vertu de cette tacite réconduction? l'ancien bail dont la date était certaine est expiré, mais qu'importe, dit-on, il n'y a pas de fraude possible, les conditions de la tacite réconduction sont les mêmes que celles du bail; et, quand à la durée, elle est fixée par l'usage des lieux (article 1759 C. N.) ou l'exigence de l'exploitation (article 1774 C. N.). Je crois, au contraire, que la fraude est très-facile; il suffit de faire disparaître le nouveau

(1) Murlon, sur le n° 156 de M. Troplong.

bail s'il est moins avantageux, et de simuler une tacite réconduction. Aussi ne donnerais-je au propriétaire que les droits d'un bailleur sans date certaine.

Je n'ai pas besoin de dire que quelque étendu que soit le privilège pour les loyers échus, il ne peut être invoqué que pour les loyers non prescrits.

Revenons aux loyers à échoir. Nous avons fait remarquer ce que le privilège du bailleur a d'exorbitant pour ces loyers, et nous avons donné le motif qui l'a fait admettre néanmoins. Rappelons-nous ce motif, rappelons nous aussi qu'un privilège ne peut se concevoir qu'en cas de concours entre plusieurs créanciers, et nous dirons que si le locateur ne se trouve pas en concours avec d'autres créanciers, il ne peut être question de privilège, et que, par conséquent, le locateur ne peut réclamer le paiement des termes à échoir, car un créancier ne saurait contraindre son débiteur à payer avant l'échéance. Si, après la vente des meubles pour l'acquittement des loyers échus, il n'en restait plus assez pour garantir les loyers à venir, le bailleur pourrait seulement expulser le preneur, à moins que celui-ci ne fournisse d'autres sûretés suffisantes. Mais s'il y a concours de créanciers, le privilège existe. Ce paiement anticipé des loyers ou fermages à échoir causera peut-être un très grave préjudice aux créanciers primés par le locateur, aussi la loi a-t-elle voulu leur assurer du moins le droit de s'indemniser autant que possible sur la partie du bail qui reste à courir ; « il ont droit, aux termes de l'article 2102, 1^o, 1^{er} alinea, de relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail et de faire leur profit

« des baux ou fermages, à la charge, toutefois, de
« payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore
« dû. » Il semblerait d'après la place que ce droit de
relouer occupe dans notre article, qu'il n'est donné
qu'en cas de bail ayant date certaine, mais ceci est
évidemment inadmissible ; comment le propriétaire
prétendrait-il reprendre la jouissance de son im-
meuble pendant un temps pour lequel il s'est fait
payer les loyers représentatifs de cette jouissance ?

D'après le droit commun, il est loisible à tout lo-
cataire de sous-louer les lieux qu'il tient du bailleur,
si cette faculté ne lui a été interdite (art. 1717). Sup-
posons cette interdiction de sous-louer, fera-t-elle
obstacle à ce que les créanciers puissent user de leur
droit de relouer ? Nullement, il ne faut pas confon-
dre relouer avec sous-louer, ces deux droits sont bien
différents. Autrement notre article ne ferait qu'une
répétition tout à fait inutile de l'art. 1166 ; or, il n'en
est pas ainsi ; les créanciers en relouant exercent un
droit qui leur est propre, qui leur appartient direc-
tement, ils n'exercent pas le droit de sous-louer que
pouvait avoir leur débiteur. La loi permet au loca-
teur d'exiger le payement de loyers qui ne lui sont
pas encore dûs, mais c'est à la condition qu'il souf-
frira la relocation ; libre à lui de ne pas ouvrir ce
droit aux autres créanciers, en n'exerçant son privi-
lège que pour les loyers échus, sauf l'indemnité qu'il
pourra obtenir à raison de l'inexécution du bail par
son locataire. C'est dans ce cas seulement que la pro-
hibition de sous-louer aura de l'intérêt vis-à-vis des
autres créanciers : le bailleur ne s'est pas fait payer

les loyers ou fermages à venir, les créanciers n'ont pas le droit de relocation, mais à défaut de droit propre, ils ont l'exercice des droits de leur débiteur (art. 1166); si donc le bail ne contenait pas de prohibition de sous-louer, le bailleur en restreignant son privilège aux termes qui lui sont actuellement dûs, pourrait sans doute empêcher ses cocréanciers de relouer, il ne pourrait pas les empêcher de sous-louer.

Lorsque le propriétaire a invoqué son privilège pour les loyers à venir « les autres créanciers ont le « droit de relouer la maison ou la ferme pour le res-
« tant du bail..... à la charge toutefois de payer au
« propriétaire tout ce qui lui serait encore dû, » aussi bien sur les loyers non encore échus que sur les loyers déjà échus, car il ne peuvent s'attribuer les bénéfices de la relocation sans payer au propriétaire le prix de la jouissance de sa chose pendant le temps qu'ils la relouent. Mais, première question, doivent-ils lui payer sur le champ tout ce que sa collocation privilégiée n'a pu lui faire obtenir sur les loyers à échoir ? Le droit d'exiger par avance le paiement de loyers qui ne sont pas encore dûs est, répétons-le, tout à fait exorbitant, la loi le donne au propriétaire au moment où son gage va disparaître, absorbé par les créanciers du locataire ; ici la même cause de faveur ne se rencontre pas ; le bailleur ne peut se plaindre d'être dépouillé de son gage pour l'avenir, puisque c'est sa créance qui a épuisé ce gage ; les autres créanciers ne le lui prennent donc point, au contraire, ils lui en fournissent un autre, car le nouveau

locataire sera obligé de regarnir les lieux de meubles qui seront le gage du propriétaire. Quant au texte, il n'exige pas le paiement immédiat; « à la charge de payer, » dit-il, et rien de plus; il suffira donc de payer au fur et à mesure des échéances.

Deuxième question. Lorsque sur le prix des meubles du locataire, le bailleur n'a reçu qu'une partie des loyers à échoir, les créanciers qui veulent relouer sont-ils nécessairement soumis à la charge de payer le reste des loyers à venir, ou bien, au contraire, peuvent-ils s'affranchir de cette charge en ne relouant que pour le temps à l'égard duquel les loyers se trouvent payés d'avance? On conçoit que si le bail est onéreux, les créanciers ne veulent pas le prolonger à leur frais, mais ils auront toujours intérêt à recouvrer les loyers correspondant à la jouissance pour laquelle le propriétaire est désintéressé. Les créanciers, dit-on, ne peuvent avoir plus de droits que le locataire lui-même; ils ne peuvent, par conséquent scinder le bail; l'article, au reste, leur impose la charge de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû. Mais on répond : il s'agit ici d'un droit propre aux créanciers, qu'ils ont de leur chef et non du chef de leur débiteur; il est donc inexact de dire qu'ils ne peuvent avoir plus de droits que leur débiteur, nous venons de voir le contraire, de l'aveu de tous, à propos de l'interdiction de sous-louer, qui n'entrave pas la relocation pour les créanciers. D'ailleurs, on se trompe encore en disant que les créanciers veulent scinder le bail; le bail est scindé, c'est vrai, mais il l'est par la force des choses, et

non par les créanciers. Supposons un bail dont six années restent à courir; faute de deniers suffisants, le propriétaire n'obtient paiement que pour les loyers de trois années non échues, le bail n'est-il pas forcément scindé? Veut-on refuser aux créanciers le droit de relouer pendant ces trois années, cela peut-il faire qu'il ne le soit pas? Et si l'on refuse, que fera-t-on de la maison ou de la ferme? On ne peut pas en rendre la jouissance au propriétaire en même temps qu'on lui paye, à l'exclusion de tous autres créanciers, le prix de l'aliénation de cette jouissance, faudra-t-il donc laisser la maison inhabitée et le domaine en friche? Ces raisons me paraissent décisives pour permettre aux créanciers la relocation pendant le temps correspondant aux loyers que le bailleur a reçus par avance. Quant au texte, s'il soumet les créanciers à la charge de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû, c'est qu'il suppose qu'ils veulent tirer avantage du bail en relouant jusqu'à son expiration; il leur en fournit le moyen, mais il ne les y force pas. Si on se reporte à ses termes, on verra qu'ils n'ont rien d'impératif et sont au contraire purement permissifs (1).

Revendication du locateur.

Le locateur est un créancier nanti des meubles qui garnissent sa maison ou sa ferme, et cependant c'est le locataire, c'est-à-dire le débiteur, celui qui a intérêt à faire disparaître le gage qui les possède. La

(1) Sic: Pont, n° 129. — Mourlon, n° 96. — Contrà: Duranton, n° 91. — Valette, p. 80.

position du bailleur, quant aux meubles qui sont sa garantie, est donc fort périlleuse, car les meubles n'ont pas de suite, ce qui met le privilège en quelque sorte à la merci du débiteur, surtout pour les biens ruraux dont la surveillance sera presque toujours très-difficile au propriétaire. Ce danger n'existait pas en droit romain où le bailleur avait une hypothèque avec suite sur les meubles de son locataire ; il prit naissance dans notre ancien droit, même dans les pays de droit écrit, par l'adoption du principe : *meubles n'ont pas de suite par hypothèque*. Dès lors, le privilège fut basé sur le gage, la possession fut nécessaire à son existence, et la perte de la possession dût entraîner la perte du privilège. Il y avait là un grave inconvénient auquel l'ancien droit remédia en permettant au locateur de ressaisir les meubles déplacés sans son consentement, pourvu qu'il le fit *intra breve tempus*, dans un bref délai qui variait avec les provinces, mais qui était ordinairement plus long pour les locations rurales.

Au même inconvénient, notre Code oppose le même remède : « le propriétaire peut saisir les meubles qui garnissent sa maison ou sa ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement, et il conserve sur eux son privilège, pourvu qu'il ait fait la revendication ; savoir, lorsqu'il s'agit du mobilier qui garnissait une ferme dans le délai de quarante jours, et dans celui de quinzaine s'il s'agit des meubles garnissant une maison » (art. 2102 1^o, 4^e alinéa). Quel est le caractère de cette revendication ? Il est bien évident que ce n'est pas une revendication

véritable; le locateur n'invoque pas le droit de propriété, il n'invoque qu'un simple droit de gage sur la chose dont il a été indûment dépouillé; c'est un moyen de ressaisir le gage qui s'échappe, et de ramener la chose grevée aux conditions de possession nécessaires pour que le privilège puisse s'exercer sur elle; le mot revendication n'est donc pas très-exact, mais notre langue juridique n'a pas la richesse de la langue romaine: à côté de la *rei vindicatio* pour la propriété, elle n'a pas la *vindicatio* pour les autres droits réels.

Le propriétaire peut donc saisir-revendiquer les meubles qui ont été déplacés sans son consentement, et ceci s'applique à tout déplacement, même par suite de vente à un acquéreur de bonne foi: la loi ne distingue pas. Qu'on n'oppose pas à cette décision la maxime: *en fait de meubles, possession vaut titre*, car l'art. 2279, qui consacre cette règle, prend soin d'ajouter immédiatement qu'elle souffre exception au profit de celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, lequel peut la revendiquer; or, le déplacement des meubles est une sorte de vol du gage du locateur; mais cela n'est vrai qu'autant que le déplacement a lieu sans le consentement du locateur, et ce consentement existe implicitement pour certaines choses, comme les marchandises garnissant la boutique louée, les récoltes engrangées dans les lieux loués; le propriétaire, en louant sa boutique ou ses granges, a suffisamment consenti au déplacement de ces choses qui, par leur nature, étaient évidemment destinées à être vendues.

Si le possesseur actuel des meubles revendiqués les a achetés dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, nous ne saurions traiter le locateur avec plus de faveur que le propriétaire à qui la chose aurait été volée; le revendiquant ne pourra donc faire réintégrer les meubles dans les lieux loués qu'en remboursant au possesseur le prix qu'ils lui ont coûté (art. 2280).

Quelque légitime que soit cette revendication du bailleur, on ne peut se dissimuler que si elle n'était renfermée dans des limites de durée fort étroites, elle pourrait être une gêne considérable à la circulation des meubles, aussi la loi n'a-t-elle accordé au bailleur pour l'exercer qu'un délai de quinzaine pour les meubles des maisons, et de quarante jours pour les meubles des fermes; cette différence s'explique, parce qu'il est plus difficile d'exercer une surveillance active sur la ferme que sur la maison, elle nous montre que le point de départ du délai est le jour de l'enlèvement des meubles. Ces délais sont beaucoup plus étroits que ceux qui sont accordés aux propriétaires pour les choses perdues ou volées, mais cela tient à ce que le gage du locateur portant sur une masse d'objets qu'il ne connaît pas ordinairement lui-même en détail, l'identité d'un objet ou de quelques objets détournés de cette masse, serait, au bout d'un certain temps, très difficile à constater : et puis, le défaut de revendication immédiate de la part du locateur fait présumer qu'il se considère comme suffisamment garanti par les meubles qui restent.

Ici se présente une question : le bailleur a-t-il droit de s'opposer à tout déplacement de meubles, encore bien que ceux qui restent dans la maison ou la ferme soient plus que suffisants pour sa garantie ? Je ne le crois pas. Sans doute on doit avoir soin de maintenir toujours un mobilier largement suffisant, mais lorsqu'il est certain que toutes les créances éventuelles du locateur sont surabondamment garanties, il serait inique et vexatoire de frapper d'inaliénabilité tout meuble introduit dans la maison ou la ferme ; la revendication du locateur entendue autrement, me semble dénuée de droit autant que d'intérêt (1).

Nous n'avons parlé jusqu'à présent de la revendication que pour les meubles qui garnissent la maison ou la ferme, faut-il l'admettre aussi pour les récoltes ? Un premier point hors de doute, c'est qu'il n'y a pas de revendication possible si elles ont été vendues sans fraude, c'est l'exercice d'un droit tacitement réservé dans le bail, de même si elles ont été déplacées pour être conduites au marché ; la question ne se présente que pour le déplacement insolite. S'agit-il de récoltes engrangées dans la ferme ? pas de doute alors, qu'elles soient de l'année ou des années antérieures, car, indépendamment de leur qualité de récoltes, elles ont celle de meubles garnissant la ferme ; sans doute le bailleur a privilège sur la récolte de l'année en dehors de tout engrangement dans sa ferme, mais cette faveur spéciale de la loi ne

(1) *Sic* : Duranton, n° 103, in fine. — Troplong, n° 164. — Persil, sur l'art. 2102, § 1, n° 4. — *Contrà* : Pont, n° 132. — Mourlon, sur le n° 164 de M. Troplong.

peut-être regardée comme portant atteinte à ses droits ordinaires sur les meubles garnissant les lieux loués ; or il a intérêt à retenir ou à faire rentrer cette récolte dans ses granges, je l'ai déjà démontré ; il évite ainsi les difficultés relatives à la constatation de l'identité des fruits et la perte de son privilège lorsque l'année sera écoulée. Enfin il évite encore d'être primé par le locateur du local où les fruits ont été transportés, ce qui aurait lieu, car le déplacement ayant été opéré sans son consentement, il n'a pu faire connaître à l'avance son privilège au locateur des granges. S'agit-il de la récolte de l'année qui n'a pas été rentrée dans la ferme ? la décision n'est pas aussi facile, car la loi ne parle que des meubles qui garnissent la maison ou la ferme. Cependant si le fermier devait engranger dans la ferme, n'y a-t-il pas analogie parfaite entre le détournement consistant en un engrangement frauduleux lors de la perception des fruits et le détournement après un premier engrangement dans les lieux à ce destinés par le bail ? Je le crois, et je donnerais la revendication, car la récolte garnissait les terres du bailleur, si elle ne garnissait pas sa ferme ; le bailleur en était aussi bien nanti, et elle a été déplacée frauduleusement. Mais s'il n'y a pas de locaux destinés à recevoir la récolte, il est évident qu'il ne peut y avoir de revendication ; remarquons même que, dans ce cas, la notification de son privilège sur la récolte de l'année, faite par le bailleur des terres au bailleur des granges, n'empêcherait pas celui-ci de le primer, car les frais de location des granges sont des frais de conservation de la récolte.

Nous avons dit, en commençant l'étude de l'article 2102, que l'énumération des privilèges particuliers sur les meubles que nous donne cet article est inexacte; car il n'a que sept numéros, bien qu'il contienne en réalité neuf privilèges; en effet, le 1^o de notre article, dont l'objet principal est le privilège du locateur, nous révèle indirectement dans son quatrième alinéa, l'existence de deux autres privilèges en nous disant qu'ils doivent être préférés à celui du locateur; ces privilèges sont celui des frais de semences et de récolte de l'année sur le prix de la récolte et celui des frais d'ustensiles sur le prix de ces ustensiles. Disons un mot de chacun d'eux.

B. Privilège des frais de semences et de récolte.

Il ne faut pas se tromper sur l'étendue de ce privilège : « les sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année, sont payées par préférence sur le prix de la récolte » (Art. 2102, 1^o, 4^e alinéa), c'est-à-dire sur le prix de la récolte de l'année, donc les frais de semences et de récolte ne sont pas privilégiés sur le prix des récoltes antérieures.

Les frais de semences et de récolte, comprennent tous les frais faits pour obtenir la récolte, comme : vendeurs de semences, semeurs, moissonneurs, charretiers, valets de labour et autres gens employés à la culture; tous, en effet, ont fourni leur contingent dans l'acquisition de la récolte qui profite à la masse des créanciers.

Les gens de service employés à la culture ont donc deux privilèges pour leur salaire, le privilège spécial sur la récolte de l'année, dont nous nous occupons ici, et le privilège général de l'art. 2101, 4^o; mais le privilège des frais de la récolte de l'année, ne peut garantir plus d'une année de salaire, tandis que le privilège général des gens de service comprend l'année échue et ce qui est dû de l'année courante.

C. Privilège des frais d'ustensiles.

Les sommes dues pour ustensiles sont privilégiées sur le prix de ces ustensiles. La loi ne dit pas les sommes dues pour acquisition d'ustensiles, le privilège comprend donc non seulement les frais d'acquisition mais encore ceux d'entretien, de réparation et même d'amélioration; cette créance est très favorable, car ce sont les instruments de l'exploitation, les moyens de travail du fermier, elle a donc contribué pour sa part à l'acquisition de la récolte.

Ce n'est pas là, on le voit, une simple application du privilège du vendeur au cas particulier de vente d'ustensiles; c'est un privilège plus large qui, sans doute, comprend aussi le vendeur, mais qui comprend d'autres créanciers avec lui. Le vendeur d'ustensiles primera le bailleur en vertu de ce privilège, tandis que c'est le bailleur qui primera le vendeur de meubles, à moins, toutefois, qu'il n'ait eu connaissance du défaut de paiement des meubles avant leur introduction dans la maison ou la ferme. Pourquoi cette différence entre les ustensiles et les autres meu-

bles ? ce n'est pas uniquement parce qu'ils servent à la culture, autrement il faudrait traiter de même le vendeur de chevaux, par exemple ; la raison s'en trouve dans l'usage de nos campagnes, *ex facto jus oritur* ; en fait, le fermier est toujours en compte courant avec le charron ou le maréchal, mais non avec le marchand de chevaux ou de meubles ; le bailleur ne l'ignore pas.

II. Privilège du gagiste,

L'art. 2095, définit le privilège : « Un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires. » Le privilège du créancier gagiste fait mentir cette définition ; il est, en effet, complètement étranger à la qualité de la créance, et dépend uniquement de la volonté des parties, pourvu que cette volonté s'assujétisse aux formes prescrites par la loi. Il faut d'abord (art. 2076) que le créancier ait été mis et soit resté en possession du gage, mais par ces derniers mots, il faut seulement entendre qu'il ne se soit pas volontairement dessaisi ; la simple perte ou le vol du gage ne sauraient faire disparaître instantanément le droit légitime du créancier gagiste. Pourquoi, en effet, l'art. 2102, 1^o, 5^e alinéa, accorde-t-il la revendication au locateur ? parce qu'il a une sorte de droit de gage, donc, à fortiori, devons-nous accorder aussi la revendication au créancier qui a un gage véritable. La maxime : *meubles n'ont pas de suite par hypothèque*, ne s'oppose pas à cette décision, car elle ne s'applique

pas aux meubles qui ont été remis en gage au créancier, mais à ceux qui, bien qu'affectés à la sûreté d'une créance, étaient laissés entre les mains du débiteur; en un mot elle s'applique à l'hypothèque et non au gage. Mais quelle sera la durée de cette revendication? Celle du locateur est, nous le savons, restreinte à quinze ou quarante jours, mais celle du gagiste n'est l'objet d'aucune restriction; nous restons donc sous l'application de l'art. 2279, qui en permet l'exercice pendant trois ans. La position du locateur n'est pas la même d'ailleurs que celle du créancier gagiste, outre qu'il n'a qu'un gage beaucoup plus imparfait, son droit portant sur une masse, il sera beaucoup plus facilement présumé renoncer aux objets déplacés sans son consentement, pour s'en tenir à ceux qui garnissent encore les lieux, que ne pourra l'être le créancier gagiste, dont le droit porte sur un corps certain et qui en renonçant à son droit sur cet objet, se dépouillerait entièrement de son gage.

Le privilège n'a lieu (art. 2074), en matière excédant 150 francs, qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure. La date certaine est ici fort utile, car aux termes de l'art. 446 du Code de commerce, sont nuls et sans effet, relativement à la masse, tous droits de nantissement constitués par le débiteur depuis la cessation de ses paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée; la loi ne veut pas que le débiteur en faillite ou sur le point d'y tom-

ber, puisse avantager un de ses créanciers au détriment des autres. On sent que cette prohibition serait illusoire, s'il suffisait d'une antidate pour s'en affranchir. Ceci posé, faut-il, prenant l'art. 2074 à la lettre, exiger que l'acte doive la certitude de sa date à la formalité de l'enregistrement? cette rigueur serait excessive; le défaut d'enregistrement n'est point, en droit commun, une cause de nullité des actes, il est puni d'un simple châtiment fiscal; rien n'indique pourquoi les rédacteurs du Code auraient voulu déroger ici au droit commun pour attacher à l'enregistrement une importance inusitée; il faut donc seulement que l'acte ait une date certaine; tel est, du reste, le sens que le Tribun Gary donne à notre article dans son Discours au Corps Législatif.

Un meuble incorporel peut, comme un meuble corporel, faire l'objet d'un gage. L'engagement d'une créance ressemble beaucoup à la cession de cette créance; il devra être constaté dans un acte public ou sous seing privé enregistré, lequel sera signifié au débiteur; mais l'acquiescement de celui-ci dans un acte authentique remplacerait très-bien la signification (art. 1690). Le gage doit être mis en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties (art. 2076); la loi ne distingue pas entre le gage corporel ou incorporel; le titre de la créance, s'il y en a un, devra donc être remis au créancier gagiste ou à un tiers convenu. Si ce titre était laissé à celui qui a donné sa créance en gage, il pourrait être entre ses mains un moyen de crédit très dangereux pour les tiers.

Lorsqu'un créancier a reçu de son débiteur un gage

dont celui-ci n'était pas propriétaire, il n'en a pas moins acquis un droit réel de gage opposable, même au propriétaire de la chose ; celui qui reçoit de bonne foi d'un non propriétaire est réellement gagiste par une sorte de prescription instantanée, comme il serait propriétaire s'il eût acheté *à non domino*, sauf, bien entendu, la réserve de l'art. 2279, c'est-à-dire le droit de revendication accordé pendant trois ans au propriétaire, en cas de perte ou de vol.

Les règles que nous venons d'exposer s'appliquent aussi au gage commercial ; l'art. 2084 dit, il est vrai, le contraire, mais cet article se référait à l'ordonnance de 1673 qui exigeait toujours un acte public ; aujourd'hui l'art. 95 du Code de commerce, qui a abrogé l'ordonnance, renvoie purement et simplement au Code Napoléon ; nous verrons cependant une dérogation à ces règles au profit du commissionnaire (art. 93 Code de commerce).

III. Privilège du conservateur.

Les frais de conservation de la chose ont été faits dans l'intérêt de tous les créanciers ; aucun d'eux ne peut trouver mauvais qu'ils soient privilégiés, car ils ont conservé le gage de tous. Ce privilège existait déjà à Rome, mais il paraît n'y avoir eu que le caractère de simple privilège, *privilegium inter personales actiones*, primant les créances chirographaires, primé par les créances hypothécaires. Si, cependant, une hypothèque avait été convenue pour cette créance, l'hypothèque aurait été privilégiée, « *interdum poste-*

*« rior potio est priori ut puta si in rem istam conser-
« vandam impensum est quod sequens credidit..., ejus
« enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam »*
(L. 5 et 6, qui pot. in pign.). Dans notre ancien droit,
un certain nombre de privilèges se justifiaient par
l'idée de conservation, bien qu'il ne semble pas que
le privilège du conservateur y ait été consacré comme
un principe général. Le projet de Code avait omis ce
privilège, mais le Tribunat signala l'omission qui fut
sur le champ réparée.

Ainsi, le conservateur a aujourd'hui deux droits
sur la chose réparée : droit de rétention et privilège.
Ces deux droits sont distincts ; si le conservateur perd
la possession de la chose conservée, il perd aussi son
droit de rétention, on ne peut retenir que ce que l'on
détient ; son privilège, au contraire, ne souffre au-
cune atteinte, car ce privilège ne repose pas sur un
nantissement, il repose sur une gestion d'affaires ;
mais si le débiteur cessait de posséder, le privilège
s'éteindrait, car les meubles n'ont pas de suite, sauf
le cas de perte ou de vol.

Les frais d'amélioration sont-ils privilégiés comme
les frais de conservation ? L'améliorateur a d'abord,
ceci n'est pas douteux, un droit de rétention sur la
chose améliorée, mais a-t-il aussi un privilège ? La loi
ne parle que des frais de conservation. Il est vrai,
peut-on dire, qu'il y a analogie entre la position de
l'améliorateur quant à la plus value, et celle du con-
servateur ou du vendeur quant à la chose conservée
ou vendue, c'est toujours une créance de frais faits
par un seul dans l'intérêt de tous ; il est vrai encore

que l'art. 2103, 4^o a consacré cette analogie, en accordant privilège aux architectes, entrepreneurs, maçons, etc., sur les immeubles que leurs travaux ont améliorés en raison de la plus value qu'ils leur ont donnée; mais cependant le même privilège n'est pas accordé pour l'amélioration des meubles, et l'on ne peut créer de nouveaux privilèges par analogie, d'autant moins que, malgré tout, les frais de conservation sont toujours plus favorables. D'ailleurs, pour les frais de conservation, pas de difficulté sur l'objet grevé du privilège : c'est l'objet même qui a été conservé; mais pour les frais d'amélioration, que de difficultés pour préciser la plus value. Reportons-nous à l'art. 2103, 4^o, nous verrons à quelles formalités rigoureuses pour arriver à cette constatation, la loi subordonne le privilège des améliorations immobilières; ces formalités seraient évidemment inapplicables à des meubles. Nous avons cependant signalé plus haut une espèce où les frais d'amélioration jouissent d'un privilège, bien qu'ils s'appliquent à des meubles, c'est le cas des sommes dues pour ustensiles, et le privilège s'exerce aux termes de la loi, non pas sur la plus value seulement, mais sur le prix intégral des ustensiles; ce n'est là qu'une exception. L'améliorateur devra donc bien se garder de se dessaisir de la chose améliorée; tant qu'elle est entre ses mains, il peut la retenir jusqu'à ce qu'il ait reçu, soit du débiteur son paiement entier, soit des autres créanciers, le montant au moins de la plus value, mais s'il se dessaisissait ou si, lui-même, il faisait vendre et transformait la chose en argent,

il n'aurait sur le prix aucun droit de préférence.

IV. Privilège du vendeur.

Le vendeur met dans le patrimoine du débiteur un objet nouveau, mais il ne l'y met qu'à la condition d'être payé. Le droit romain, pénétré de cette idée, ne considérait la vente que comme une source d'obligations et non comme un acte translatif de propriété ; la tradition même ne consommait pas l'aliénation, tant que le vendeur n'avait pas reçu le prix, à moins qu'il n'eût voulu suivre la foi de l'acheteur, comme dans le cas où un terme avait été accordé pour le paiement ; aussi le vendeur n'avait pas de privilège, puisque, nonobstant la vente et la tradition, il restait propriétaire de la chose vendue, et qu'à défaut de paiement, il pouvait, en cette qualité, la reprendre au moyen de la revendication ; mais s'il avait suivi la foi de l'acheteur, la tradition, en transportant la propriété à celui-ci, ne laissait plus au vendeur non payé qu'une simple créance chirographaire. Il y avait là une lacune que combla notre droit ancien, en permettant au vendeur de « former opposition à la saisie et à la vente, non « pour revendiquer la chose dont il a cessé d'être « propriétaire, mais pour être payé sur le prix par « privilège (1). » Ce privilège était consacré par les articles 177 de la coutume de Paris et 458 de la coutume d'Orléans, et la disposition de ces articles était suivie dans tous les parlements du royaume, même dans les pays de droit écrit ; sans doute, disait-on, il

(1) Pothier, note 2. sur l'art. 458 de la Coutume d'Orléans.

y a aliénation de la propriété, mais seulement sous la condition du prix à payer, l'objet vendu n'est entré dans les biens de l'acheteur que grevé de cette charge, le vendeur a retenu sur lui un droit réel, c'est-à-dire un droit de préférence (1). L'origine du privilège du vendeur est, on le voit, toute française.

Le Code Napoléon a tout à fait abandonné la théorie romaine de la vente. D'après les principes nouveaux qu'il a proclamés, le seul accord des volontés transporte la propriété du vendeur à l'acheteur quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. Ainsi se trouve généralisé le cas précédemment exceptionnel de l'acheteur devenu propriétaire avant d'avoir payé le prix, ainsi doit être également généralisé le privilège, protection reconnue nécessaire au vendeur qui n'a plus la propriété. Aussi l'art. 2102, 4^o, déclare-t-il privilégié le prix d'effets mobiliers non payés, soit qu'ils aient été achetés à terme ou sans terme ; mais si la vente a été faite sans terme, le vendeur aura de plus un droit de revendication que nous étudierons tout à l'heure.

En somme, sous le régime du Code, quatre droits peuvent appartenir au vendeur d'objets mobiliers non payés : le droit de rétention qui lui permet de ne se dessaisir de la chose vendue que contre paiement du prix, le privilège qui lui permet de se faire payer sur le prix de la revente par préférence aux autres créanciers de l'acheteur, la résolution de la vente qui lui permet de faire considérer la vente comme n'ayant

(1) Valette, p. 104.

pas existé et de reprendre la propriété de la chose, la revendication qui, à mon sens du moins, lui permet, sans toucher à la vente, sans porter aucune atteinte à la propriété de l'acheteur, de reprendre purement et simplement la possession jusqu'au paiement du prix. Notre article traite du privilège et de la revendication, en étudiant successivement ces deux droits, nous dirons aussi quelques mots des deux autres.

§ Ier. — PRIVILÈGE.

La loi déclare privilégié le prix d'effets mobiliers non payés s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu'il ait acheté à terme ou sans terme. Il faut que la chose vendue soit encore en la possession de l'acheteur; cette condition n'est que l'application du droit commun, *meubles n'ont pas de suite par hypothèque*. Tant que la chose vendue reste en la possession de l'acheteur, le vendeur peut la saisir et la faire revendre pour exercer son privilège sur le prix; mais du moment où elle en est sortie, le vendeur ne peut pas la poursuivre entre les mains des tiers. Supposons que l'acheteur ait revendu la chose qu'il n'a pas payée, le privilège subsiste-t-il? oui, s'il ne l'a pas encore livrée, le privilège survit à la perte de la propriété; mais qu'il la livre, et le privilège s'éteindra, il ne survit pas à la perte de la possession. Ce résultat peut paraître étonnant; rien de plus simple cependant: ce n'est qu'après la livraison, que le nouvel acquéreur se trouve protégé par le principe *en fait de meubles possession vaut titre*; il l'opposera au ven-

deur non payé comme il l'opposerait au propriétaire ; la possession réelle peut seule faire disparaître les droits antérieurement acquis à des tiers. Si donc la chose a été revendue et livrée, elle est à l'abri des poursuites du premier vendeur, la loi a dû protéger le tiers acquéreur en vue de la sécurité qu'il faut donner au commerce des meubles, seulement si le tiers acquéreur doit encore son prix, le premier vendeur pourra saisir-arrêter ce prix entre ses mains ; mais pourra-t-il se faire colloquer par préférence ? Le privilège est un droit de préférence, sur quoi ce droit de préférence peut-il s'exercer ? évidemment ce n'est pas sur la chose en nature mais sur la chose convertie en argent. On objecte, il est vrai, que le vendeur non payé n'a de privilège qu'autant que la chose vendue est encore en la possession de l'acheteur ; mais ceci reviendrait à l'anéantissement du privilège aussi bien dans le cas de vente judiciaire que dans celui de vente amiable. Nous venons d'ailleurs d'expliquer le sens de cette condition qui n'est relative qu'au droit de suite et, par conséquent, n'est opposable que par les tiers détenteurs troublés dans leur possession ; or ici le nouvel acquéreur ne saurait se plaindre, on ne le trouble en rien ; les créanciers du premier acheteur le peuvent-ils davantage ? non, car ils appliqueraient au droit de préférence ce que la loi dit du droit de suite, et puis, le vendeur n'invoque de préférence que sur une valeur qui, sans son fait, ne se trouverait pas dans le patrimoine du débiteur. On objecte encore que si le privilège doit nécessairement s'exercer sur le prix de la chose, ce n'est pas sur un

prix déterminé à l'amiable et d'une manière arbitraire, c'est sur le prix obtenu aux enchères publiques soit à la requête des créanciers, soit par les soins d'un administrateur (héritier bénéficiaire ou curateur à succession vacante), lequel représente la masse des créanciers. Mais cette distinction me paraît arbitraire, elle ne se fonde sur aucun texte. Peut-on supposer qu'un débiteur aliène ses biens à vil prix dans le seul but de faire tort à ses créanciers? et quand on le supposerait, la loi a permis aux créanciers, en vue de ce danger, d'attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (art. 1167, C. Nap.). Au reste, s'il fallait admettre le système contraire, comment concevrait-on le privilège sur les offices qui est cependant reconnu presque unanimement par les partisans de ce système? les offices ne sont pas susceptibles de saisie ni de vente aux enchères publiques, le prix n'en peut donc être fixé qu'à l'amiable. On répond que l'intervention de la chancellerie, pour examiner le traité passé entre l'officier ministériel qui se démet de ses fonctions et le successeur qu'il présente à l'agrément du chef de l'Etat, est une garantie pour les créanciers de l'officier démissionnaire. Mais chacun sait que cette intervention, loin d'être favorable à ces créanciers, ne peut leur être que tout à fait défavorable, puisqu'elle n'a qu'un but : empêcher le cédant d'imposer au cessionnaire des conditions trop dures.

Le privilège du vendeur est-il éteint quand l'acheteur a donné la chose en gage? M. Troplong décide l'affirmative, en se fondant sur ce que la chose n'est plus en la possession du débiteur, c'est là une erreur.

Sans doute, l'acheteur est matériellement dessaisi, mais il n'a pas abdiqué pour cela la possession, il continue de posséder par le créancier gagiste, lequel n'a personnellement qu'une simple détention en garantie de sa créance. Sans doute, le créancier gagiste, s'il est de bonne foi, pourra opposer son privilège au vendeur, mais une fois le gagiste déintéressé, le privilège n'en subsiste pas moins.

Nous verrons tout à l'heure que la loi exige pour la revendication du vendeur que la chose soit toujours dans le même état, elle ne l'exige pas pour le privilège. C'est qu'en effet, il ne s'agit pas, comme dans la revendication, de reprendre la chose en nature, mais uniquement de se payer sur le prix de la revente; donc le privilège se maintient tant que la chose est reconnaissable, quelques changements qu'elle ait subis, et que son identité peut être constatée. C'est toujours une valeur mise par le vendeur dans le patrimoine de l'acheteur.

Que dirons-nous de l'immobilisation de la chose vendue? Met-elle fin au privilège? Tout le monde est d'accord pour les meubles devenus immeubles par leur nature, comme des matériaux dont on a fait une maison; le privilège est éteint, car les choses vendues n'existent plus. Il y a plus de difficulté lorsque les choses vendues n'ont été immobilisées que par destination, comme une machine à vapeur placée dans une usine. On dit, en général, que rien ne s'oppose à ce que le vendeur non payé fasse retirer ses objets de l'immeuble pour exercer sur eux son privilège, à moins, toutefois, qu'il n'y ait des créanciers

hypothécaires, car l'hypothèque s'étend à toutes les augmentations de l'immeuble grevé. Mais elle ne peut s'y étendre au mépris de droits réels antérieurement acquis; peu importe ici la bonne foi des créanciers hypothécaires, car ils ne possèdent pas et ne peuvent invoquer l'art. 2279; je crois donc que le privilège subsiste, même vis-à-vis des créanciers hypothécaires; ils sont dans la même position qu'un nouvel acheteur qui n'aurait pas encore été mis en possession de la chose vendue, il a assurément un droit réel sur cet objet puisqu'il en est propriétaire, et cependant ce droit réel ne nuit en rien au privilège du premier vendeur. Un texte formel (art. 592, 1^o et 593, C. proc.) établit que l'immobilisation par destination n'empêche pas la chose vendue de rester toujours meuble pour le vendeur.

Le vendeur de meubles incorporels a-t-il un privilège? Les raisons sont les mêmes que pour le vendeur de meubles corporels, pourquoi donc n'en aurait-il pas? Le doute vient de l'art. 2102, 4^o, qui emploie les mots *effets mobiliers*, mais l'art. 535 nous apprend que cette expression comprend généralement tout ce qui est censé meubles d'après les règles établies par la loi. Nul doute d'ailleurs que le vendeur de meubles incorporels ne puisse demander la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix (art. 1184 et 1654); comment la loi lui refuserait-elle un privilège pour obtenir paiement de ce prix?

La question est plus sérieuse pour les offices ministériels. Quelques personnes ont nié qu'ils pussent

être vendus et n'ont voulu voir dans les traités entre prédécesseur et successeur, qu'un contrat *sui generis*, ne donnant pas lieu par conséquent au privilège du vendeur. Cette doctrine a pour elle l'autorité d'une instruction adressée le 21 février 1817 aux procureurs du roi par le garde des sceaux Pasquier, mais cette distinction a paru trop subtile à la généralité des auteurs et des arrêts, ils ont vu dans les traités relatifs au droit de présentation, implicitement autorisés par la loi du 28 avril 1816, art. 91, l'équivalent véritable d'une vente ; c'est aussi ce qu'a pensé la loi fiscale qui soumet ces traités au droit proportionnel de vente (art. 7, Loi du 25 juin 1841) ; ils ont donc admis le privilège. Voilà pour la cession volontaire par l'officier qui n'a pas payé sa charge ; nous arrivons au point le plus délicat, à la destitution.

Si l'officier ministériel vient à être destitué avant de s'être acquitté envers son prédécesseur, celui-ci aura-t-il un droit de préférence sur la somme que le gouvernement est dans l'usage de faire consigner par le successeur qu'il nomme d'office au destitué ? La Cour de cassation et un grand nombre d'auteurs refusent dans ce cas la préférence. En effet, dit-on, la destitution qui frappe un officier ministériel le dépouille de son office et lui enlève le droit de présenter son successeur, la somme dont le gouvernement impose le versement au nouveau titulaire n'est donc pas un prix, d'abord parce que l'officier destitué a perdu son droit de présentation, seul objet dont il pût trafiquer, ensuite parce que le gouvernement,

ayant recouvré par la destitution la libre disposition de l'office, était parfaitement maître, soit de ne pas remplacer le destitué, soit de conférer gratuitement la fonction au nouveau titulaire; c'est donc par un sentiment d'équité, de bienveillance pour les créanciers, qu'il exige le paiement d'une somme, véritable indemnité qui ne saurait être nommée prix; cette somme n'étant pas un prix, le prédécesseur de l'officier destitué ne pourra être colloqué sur elle par préférence aux autres créanciers, et n'aura d'autres droits que ceux d'un simple chirographaire. Le prédécesseur va donc être puni, se trouver ruiné peut-être, par la faute de son successeur; il va voir les autres créanciers de son débiteur s'enrichir à ses dépens d'une indemnité à laquelle la perte de sa propre chose a donné lieu. Ce résultat est inacceptable; aussi beaucoup de personnes se sont efforcées de combattre la théorie que je viens d'exposer. Mais je crois que, même en admettant cette théorie, on doit arriver à un résultat tout différent. Qu'est-ce, en effet, qu'une indemnité? c'est la réparation d'un préjudice, l'indemnité devra donc être attribuée à celui qui éprouve le préjudice; or, qui souffre, au premier rang, de la destitution? c'est le prédécesseur non payé qui y perd son privilège, c'est donc lui qui devra venir au premier rang sur cette indemnité (1).

(1) Pour la préférence au prédécesseur non payé : M. Duvergier, *Droit* des 31 mars et 2 avril 1853. — Mourlon, n° 125.

Contre : Cassation, 7 juillet 1847. (Affaire Lehon,) 13 février, 26 mars et 23 avril 1849; 23 mars et 10 août 1853. — Pont, n° 148. — Taillefer, p. 124.

§ II. — REVENDICATION.

Nous avons déjà parlé du système de la vente en droit romain : le vendeur y restait propriétaire jusqu'au paiement, à moins qu'il n'eût suivi la foi de l'acheteur; il avait donc sans difficulté la revendication, attribut de la propriété. Il l'avait, bien entendu, contre tout détenteur. C'était la seule protection que lui accordât le droit romain, lorsqu'il avait livré la chose vendue, car nous savons qu'il n'avait pas de privilège. Il n'avait pas non plus d'action en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, ou du moins la condition résolutoire n'était pas sous-entendue comme elle l'est dans notre droit; il fallait qu'elle eût été formellement insérée dans le contrat par une clause qui portait le nom de *lex commissoria*.

Le droit coutumier qui donna un privilège au vendeur, déclara le pacte commissoire sous-entendu dans tout contrat de vente où il n'était pas formellement exprimé. Il admit, en outre, la revendication au profit du vendeur non payé. Cette revendication du vendeur présente un caractère tout particulier : « Qui
« vend une chose mobilière, sans jour et sans terme,
« espérant estre payé promptement, il peut sa chose
« poursuivre, en quelque lieu qu'elle soit transpor-
« tée, pour estre payé du prix qu'il l'a vendue (ar-
« ticle 194, Anc. cout. de Paris, 176 de la nouvelle,
« et 458, cout. d'Orléans). » Ayant vendu sans jour
et sans terme, le vendeur est resté propriétaire, conformément au principe romain adopté par notre an-

cien droit ; il peut donc revendiquer sa chose, s'il n'est pas payé, mais cette revendication ne portera aucune atteinte au contrat de vente et aux obligations qui en dérivent. Le vendeur reprendra seulement la possession qu'il avait abdiquée, espérant être payé promptement, et il la recouvrera « pour « en demeurer saisi, jusqu'à ce qu'il soit payé, » comme dit Dumoulin sur cet article, le contrat restant intact. Telle est encore aujourd'hui la nature du droit de revendication que le Code accorde au vendeur non payé ; mais ce point n'est pas admis par tout le monde, il donne lieu à de graves dissentiments. D'après une première opinion, la revendication de l'art. 2102, 4^o, deuxième alinéa, n'est autre chose que le droit de résolution de la vente. Si l'on s'étonne de voir la résolution subordonnée ici à des conditions tellement strictes (vente sans terme, huitaine de la livraison), alors que les art. 1184 et 1664 l'accordent de la manière la plus large, on expliquera cette contradiction apparente en disant que les art. 1184 et 1664 supposent la résolution demandée par le vendeur contre l'acheteur, tandis que notre article suppose le vendeur en présence de la masse des créanciers de l'acheteur. Vis-à-vis de l'acheteur lui-même, on se montre très-facile à admettre le droit de résolution ; mais quand il s'agit de nuire aux autres créanciers, on doit l'être beaucoup moins, car ils ont pu compter sur la chose qu'ils voyaient en la possession de leur débiteur (1). Je ne crois pas que

(1) Duranton, n^o 120.

ce système soit celui de la loi : d'abord, en présence des termes absolus de l'art. 1654, il n'est guère croyable que la loi ait entendu renvoyer, pour une distinction de cette importance, à une phrase obscure, reléguée dans un article éloigné et relatif à une autre matière, d'autant moins que le vendeur ne demande ordinairement la résolution de la vente que quand l'acheteur est insolvable ; c'est donc presque toujours en présence de la masse des créanciers qu'il se trouve. Ne serait-il pas bizarre, au reste, que le législateur eût ainsi resserré le droit de résolution vis-à-vis des créanciers de l'acheteur, sans restreindre aussi le privilège ? Il y a même intérêt et même raison de décider. Enfin, pourquoi distinguer entre les ventes à terme et les ventes sans terme ?

Dans un deuxième système, on considère encore la revendication comme une résolution. Sans doute la résolution peut être demandée même contre la masse des créanciers, sans qu'il soit besoin de réunir les quatre conditions exigées pour la revendication ; mais si ces quatre conditions se trouvent réunies, le vendeur pourra procéder par la voie plus expéditive de la revendication. Il n'a pas besoin alors de faire prononcer en justice la résolution de la vente ; la revendication suppose de plein droit qu'il n'y a jamais eu de vente valable, que le vendeur n'a jamais cessé d'être propriétaire. Celui-ci n'a donc qu'à revendiquer sa chose, et les tribunaux, n'ayant pas à intervenir, ne peuvent pas accorder de délais à l'acheteur, comme ils le pourraient sur une demande en

résolution (1). Comment, pour un simple retard, voilà un contrat, l'œuvre de deux volontés, voilà une translation de propriété effacés, anéantis, à la discrétion de l'une des parties, sans aucun recours, sans aucune intervention possible de la justice en faveur de l'autre ! Et de ce droit exorbitant, contraire à tous les principes, pas un mot dans le Code ; tout cela uniquement parce que l'art. 2102 donne la revendication au vendeur, et qu'en général la revendication n'appartient qu'au propriétaire ! Ceci n'est pas admissible, quand nous venons de voir le même article donner aussi la revendication au locateur, qui n'est certainement pas propriétaire des meubles de son locataire.

Le troisième système nous paraît mieux fondé : le vendeur sans terme a le droit de retenir la chose vendue jusqu'au paiement ; mais si, comptant sur un paiement immédiat, il a laissé l'acheteur prendre possession de la chose, ce droit de rétention, garantie si complète et si simple à la fois, est-il perdu sans ressource ? Les coutumes, nous l'avons vu, n'avaient pas cette rigueur : elles permettaient au vendeur, trompé dans son attente, de se ressaisir de sa chose pour en demeurer nanti jusqu'au paiement. Les rédacteurs du Code ont reproduit la disposition des coutumes : le mot revendication qu'ils emploient est inexact. Il ne s'agit pas d'une revendication de la propriété ; il s'agit simplement, comme pour le locateur, d'une revendication de la possession. Il ne s'a-

(1) Troplong, n° 193.

git pas non plus d'une résolution de la vente : le vendeur peut tenir à ce qu'elle soit maintenue. Il n'est pas question de remettre les choses au même état qu'avant le contrat : il s'agit uniquement de les remettre au même état qu'avant la livraison imprudemment faite par le vendeur. Et rien de plus raisonnable ; il peut se faire que le vendeur se soit trouvé en quelque sorte obligé de livrer l'objet vendu. Si l'acheteur demande à l'emporter, déclarant qu'il reviendra payer dans la journée ou le lendemain, le vendeur ne peut guère lui refuser, sans manifester une défiance blessante ; mais s'il consent alors à abdiquer la possession, ce n'est qu'à la condition d'être payé sans retard ; cette condition n'étant pas réalisée, il reprend la position avantageuse que lui assurait la possession, et à laquelle il n'a pas entendu renoncer. Tel est le but de la revendication ; les choses restent d'ailleurs parfaitement intactes, et le vendeur est toujours maître, à défaut de paiement, soit de demander la résolution de la vente, soit de contraindre l'acheteur à exécuter ses obligations. Ainsi tout s'explique, tout devient logique ; chacune des conditions auxquelles est subordonnée la revendication, loin d'être, comme pour les autres systèmes, une difficulté à expliquer, est au contraire un argument nouveau en faveur de cette opinion. Il faut que la vente ait été faite sans terme : en effet, le vendeur à terme n'a pas le droit de rétention. Il faut que la revendication soit exercée dans la huitaine : en effet, si le vendeur ne l'exerçait pas dans ce délai, il y aurait lieu de supposer qu'il a accordé un terme tacite

et abandonné son droit de rétention. Il faut que la chose vendue soit dans le même état : en effet, on ne pourrait autrement replacer le vendeur dans sa possession primitive, et la constatation de l'identité pourrait donner lieu à des difficultés devant lesquelles la loi a reculé pour une simple reprise de possession. Quant à la dernière condition, que la chose soit en la possession de l'acheteur, nous n'avons pas à en parler, elle n'est pas spéciale à la revendication ; c'est le principe général : « *En fait de meubles, possession vaut titre.* » Remarquons cependant que cette condition a été ajoutée par le Code à la revendication qu'il empruntait à l'ancien droit : nous avons fait observer, sur l'art. 176, Coutume de Paris, que le vendeur pouvait revendiquer même contre les tiers.

En résumé, la résolution rend au vendeur la propriété de la chose vendue, la revendication ne lui rend que la possession avec droit de la retenir jusqu'au paiement (1).

Tout ce que nous venons de dire du privilège et de la revendication du vendeur est inapplicable au cas de faillite (art. 2102, 4^o, 4^e alinéa, C. Nap., et 550, C. de comm.), la revendication en matière commerciale est soumise à des règles différentes ; elle peut être, selon les cas, plus étendue ou plus restreinte que la revendication du droit civil. Plus étendue, car tant que les marchandises vendues ne sont pas entrées dans les magasins du failli ou du commissionnaire

(1) Valette, p. 115 et suiv. — Mourlon, n^o 131.

chargé de les vendre pour lui, la revendication peut avoir lieu; elle peut avoir lieu, qu'il y ait terme ou non, la loi commerciale ne reproduit pas la distinction du Code Napoléon; car la faillite a fait déchoir le débiteur du bénéfice du terme. Plus restreinte, au contraire, car aussitôt qu'elles sont entrées dans les magasins, où que, sans y être jamais entrées, elles ont été régulièrement revendues sur facture ou lettre de voiture signée de l'expéditeur, fut-ce moins de huit jours après que le vendeur s'en est dessaisi, la revendication est éteinte (art. 576, Cod. de comm.). La revendication commerciale n'est pas une simple reprise de la possession, c'est une reprise de la propriété, une véritable résolution de la vente; mais les syndics pourront toujours l'arrêter avec l'autorisation du juge-commissaire, en désintéressant le vendeur, c'est-à-dire en lui payant son prix (art. 578, C. de comm.). Ils pourraient même exiger, moyennant le prix convenu entre le vendeur et le failli, que remise leur fut faite des marchandises achetées par celui-ci et qui n'auraient pas encore été livrées.

Le vendeur, aux termes de l'art. 550 du Code de commerce, n'a pas non plus de privilège, parce qu'en matière de faillite il n'y a pas de différence à faire entre le vendeur de marchandises et le prêteur d'argent par exemple, tous ont fourni un aliment au commerce; d'ailleurs, les marchandises en magasin ont été les éléments de crédit du failli, éléments qui ont déterminé les prêteurs à lui avancer leurs capitaux.

Les mêmes motifs nous portent à décider, malgré

le silence de l'art. 550, que l'action en résolution de la vente ne doit pas être admise en cas de faillite; autrement le but de la loi serait manqué, les tiers qui ont traité avec le failli, en considération de son actif apparent, seraient frustrés du gage sur lequel ils ont légitimement dû compter.

Mais, dit-on, l'art. 550 ne parle que du privilège et de la revendication. Or, ses dispositions sont prohibitives, et les prohibitions ne peuvent pas s'étendre d'un cas à un autre; cependant il n'est pas possible que la loi, retirant au vendeur le privilège et la revendication, ait voulu lui laisser le droit de résolution; il n'est pas possible non plus qu'elle n'ait pas songé à ce droit. Il faut donc nécessairement reconnaître qu'elle l'a désigné sous le nom de revendication; donc la revendication, d'après cet article, n'est autre chose qu'une résolution de la vente. De là, une objection très-embarrassante pour le système qui voit dans la revendication un droit tout différent de la résolution. Mais quelque grave que puisse être cette objection tirée du Code de commerce, elle ne me paraît pas détruire les preuves que fournissent en faveur de ce système l'art. 2102, 4^o du Code Napoléon et les articles correspondants des coutumes de Paris et d'Orléans. Comment, en effet, si la revendication n'est qu'une résolution, expliquer les conditions auxquelles elle est subordonnée? Aussi je crois qu'il faut se résigner à dire que les rédacteurs de la loi commerciale avaient perdu de vue le sens spécial que le Code Napoléon a donné à la revendication du vendeur.

V. Privilège de l'aubergiste.

La loi a de grandes rigueurs pour l'aubergiste : elle le considère comme dépositaire nécessaire des effets que les voyageurs apportent dans son auberge ; si, en effet, le voyageur peut choisir tel ou tel aubergiste, il n'en reste pas moins vrai qu'il est obligé de se confier à un aubergiste ; en conséquence, elle admet la preuve testimoniale de ce dépôt, même pour une valeur supérieure à 150 fr. ; elle soumet l'aubergiste à la contrainte par corps pour les obligations qui en résultent (art. 1952, 1950, 1348, 2^o et 2060, 1^o) ; en outre, elle rend responsable du vol ou du dommage des objets apportés par le voyageur, même quand l'auteur de ce vol ou de ce dommage est une personne étrangère au service de l'hôtel. A côté de ces rigueurs nécessaires à la sécurité des voyageurs, la loi devait à l'aubergiste une protection efficace, nécessaire aussi à sa sécurité. Hébergeant des personnes qu'il ne peut connaître et dont il ne peut apprécier la solvabilité que d'après les effets qu'elles apportent dans son hôtel, il est en quelque sorte nanti de ces effets pour la garantie de ses fournitures. Sa position ressemble beaucoup à celle du locateur, seulement la créance privilégiée de l'aubergiste n'est pas restreinte aux frais de logement, elle embrasse toutes les fournitures en général qu'il fait comme aubergiste, « dépens d'ostelage, » disait l'art. 178, Coutume de Paris. Mais bien entendu, le privilège ne s'étendrait pas aux avances que l'hôtelier pourrait faire à ses hôtes ; ce ne sont pas des fournitures de sa profession.

La rédaction de l'art. 2102, 5°, qui déclare privilégiées les fournitures d'un aubergiste, sur les effets des voyageurs, montre suffisamment que ce privilège ne s'applique pas aux cabaretiers qui donnent à boire et à manger aux gens du pays; mais ils pourront avoir le privilège des fournisseurs de subsistances dont nous avons parlé précédemment.

Le privilège de l'aubergiste étant fondé sur le nantissement comme celui du locateur, frappera les effets du voyageur apportés dans l'auberge, sans qu'il y ait à rechercher s'ils appartiennent ou non au voyageur, pourvu que l'aubergiste n'ait pas su, avant leur introduction, qu'ils ne lui appartenassent pas; s'il n'en est averti que plus tard, son droit réel de gage est né, et il peut invoquer la règle *en fait de meubles, etc.* C'est assez dire que s'il s'agissait d'objets perdus ou volés, il ne le pourrait pas.

Si les effets ou une partie des effets n'ont été introduits que pendant la durée du séjour du voyageur à l'auberge, faudra-t-il distinguer pour le privilège les dépenses antérieures et les dépenses postérieures à leur introduction? nullement, on ne distingue pas non plus les loyers antérieurs des loyers postérieurs à l'introduction des meubles dans les lieux loués, car il n'est pas nécessaire que le gage soit constitué avant la naissance de la dette.

Si l'aubergiste laisse sortir les effets du voyageur, il abdique sa possession et renonce à son gage; mais si, plus tard, le voyageur revient, l'aubergiste sera-t-il privilégié sur les bagages de son débiteur, pour les fournitures des deux voyages? non, car il n'est pri-

vilégié que comme créancier nanti, et il a renoncé à son gage pour le premier voyage.

Si les effets ont été enlevés furtivement, c'est un vol du gage de l'aubergiste; il aura la revendication, pour les ressaisir entre les mains de tout détenteur, même de bonne foi. Il est vrai que notre article, qui accorde expressément ce droit de revendication au locateur, est muet, sur ce point, au sujet de l'aubergiste; mais les principes généraux de l'art 2279 suffisent, et le silence de l'art 2102 aura même pour l'aubergiste, ce grand avantage de ne pas le restreindre au délai de quinze ou quarante jours du locateur, et de le laisser par conséquent sous le régime du droit commun, qui permet la revendication des meubles perdus ou volés pendant trois ans, résultat assez bizarre, il faut en convenir. Ce sera au juge à voir si, d'après les circonstances de fait, l'inaction prolongée de l'aubergiste ne constitue pas une renonciation tacite à son gage.

VI. Privilège du voiturier.

Ce privilège comprend les frais de voiture et les dépenses accessoires sur la chose voiturée (art. 2102, 6°), c'est-à-dire les frais de douane, d'octroi, les réparations d'avaries et autres; quant aux frais qui auraient été faits pour la conservation de la chose, nous avons déjà vu pour eux un autre privilège.

Quelle est l'idée qui a servi de base au privilège du voiturier? c'est une question vivement débattue, et dont la solution a pour conséquence de décider si le

privilège continue d'exister après la livraison de la chose au destinataire.

Deux systèmes sont en présence : l'un appuie le privilège sur une augmentation de valeur de la chose par l'effet du transport, l'autre sur le nantissement. Le premier système invoque l'autorité de Pothier, il argumente en outre du texte de l'art. 2102, 6°, qui n'exige pas que le voiturier soit encore nanti de la chose voiturée, et de l'art. 307, Code de commerce; aux termes duquel « le capitaine est préféré pour son « frêt sur les marchandises de son chargement pen- « dant quinzaine après leur délivrance, si elles n'ont « passé en mains tierces; » la loi se borne ici, dit-on, à faire aux voituriers par eau l'application des principes communs à tous voituriers. Leur privilège est indépendant du nantissement, et le voiturier garde son droit de préférence, même après s'être dessaisi. Le second système oppose Bourjon à Pothier; à l'argument tiré du texte de l'art. 2102, il répond que le 5°, pas plus que le 6° de cet article, n'exige pour le privilège que le créancier soit nanti, personne cependant ne conteste que le privilège de l'aubergiste n'ait le nantissement pour base. Quant à l'article 307, Code de commerce, loin d'y voir une application des principes, on doit y voir une dérogation. La position du voiturier par terre est, en effet, bien différente de celle du capitaine; il a le droit de retenir jusqu'au paiement les choses qu'il a transportées; le capitaine, au contraire, ne peut retenir les marchandises dans son navire faute de paiement de son fret, (art. 306 Code de commerce). Il est vrai qu'il peut, dans le

temps de la décharge, demander le dépôt en mains tierces jusqu'au paiement, mais ce dépôt entraîne des frais considérables; la loi, en donnant au capitaine ce moyen de sauvegarder ses intérêts quand il les croira en péril, n'a pas entendu le contraindre à y recourir dans tous les cas. D'ailleurs, si on admettait que le privilège du voiturier survécût à la livraison, on arriverait à un résultat impossible, car ce privilège, n'étant limité nulle part à un moindre délai, devrait durer autant que la créance, de telle sorte que le voiturier qui pouvait retenir la chose jusqu'au paiement, et qui s'est volontairement dessaisi, aurait privilège pendant trente ans, tandis que le capitaine, qui ne s'est dessaisi que contraint par la loi, n'aurait privilège que pendant quinze jours. Enfin, en dehors même de tous ces arguments, le privilège ne peut pas avoir pour base l'augmentation de valeur de la chose voiturée; cette augmentation, en effet, ne peut pas être posée en principe, bien souvent elle n'existera pas; en admettant même qu'elle existe toujours, l'augmentation de valeur n'est qu'une amélioration, or nous avons établi que les frais d'amélioration ne sont pas privilégiés. Supposons pour un moment qu'ils le soient, sur quoi pourrait porter le privilège? sur la plus value seulement, car c'est la seule valeur que l'améliorateur ait mise dans le patrimoine du débiteur; or, ce n'est pas sur la plus value, mais sur la chose entière que notre article fait porter le privilège du voiturier. Je crois donc qu'il faut reconnaître que ce privilège est fondé sur le nantissement, et par conséquent qu'il cesse quand le voi-

turier a livré. Cette doctrine est très-rigoureuse et rend, à cause des nécessités de la vérification des objets par le destinataire, l'exercice du privilège très difficile en pratique; mais les divers adoucissements qu'on a proposé d'y apporter me paraissent en dehors de la loi.

Un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que la chose voiturée n'est grevée du privilège que pour les frais de son transport, et qu'elle ne l'est pas pour les transports antérieurs que le voiturier peut avoir faits pour le compte du même destinataire.

VII. Privilège sur le cautionnement des fonctionnaires publics.

Ce privilège garantit « les créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics, dans l'exercice de leurs fonctions, sur les fonds de leur cautionnement et sur les intérêts qui en peuvent être dûs » (art. 2102, 7°).

La loi soumet deux classes de fonctionnaires à l'obligation de fournir un cautionnement: d'abord les comptables, mais nous n'avons pas à en parler ici, leur cautionnement est une sûreté donnée à l'État dont ils manient les deniers; puis les fonctionnaires que la loi a investis d'un monopole et au ministère desquels les particuliers sont obligés de recourir pour certains actes; c'est à ceux-ci que se réfère notre article. L'État, en obligeant les particuliers à confier leurs intérêts à telles ou telles personnes, a dû nécessairement se préoccuper d'assurer par de sérieuses

garanties la sauvegarde de ces intérêts. Cette idée est le fondement du privilège, elle en est aussi la mesure.

Pour savoir si une créance à raison d'abus ou prévarications est privilégiée, il faut donc examiner si l'acte de l'officier public rentre, comme l'exige le Code, dans l'exercice de ses fonctions; s'il s'agit, en un mot, d'un fait de charge, et non pas d'un acte demandé à l'officier public par la confiance libre et volontaire de la partie lésée, et dont un simple mandataire, sans caractère officiel, aurait aussi bien pu être chargé.

Le cautionnement versé dans la caisse de l'État est donc le gage des créanciers du fonctionnaire à raison de ses fonctions, c'est un gage déposé en mains tierces.

La loi du 28 niv. an xiii, a déterminé les mesures à prendre pour assurer la conservation de ce privilège; elle fixe aussi certaines conditions de publicité préalable, pour le retrait du cautionnement par l'officier qui cesse ses fonctions. Les particuliers qui auraient à faire valoir quelques droits sur ce cautionnement sont ainsi mis en demeure de se hâter.

La même loi accorde un privilège sur le cautionnement des officiers publics à ceux qui ont fourni les fonds de ce cautionnement; ce privilège est fondé sur la mise d'une valeur nouvelle, la créance envers l'État, dans le patrimoine du débiteur. Mais les bailleurs de fonds ne peuvent invoquer leur privilège qu'après celui des créanciers à raison d'abus et prévarications, car c'est précisément pour répondre de ces faits qu'ils ont engagé leur argent.

APPENDICE AUX CHAPITRES I ET II.

Privilèges créés par le Code de commerce ou par des lois spéciales.

Bien que les privilèges du droit civil fassent seuls le véritable objet de cette thèse, je ne crois pas pouvoir me dispenser de donner au moins la nomenclature des privilèges qui prennent naissance, soit dans le droit commercial, soit dans les lois fiscales ou d'intérêt public.

Le Code de commerce n'a pas établi de privilèges sur tous les meubles, mais nous en rencontrons dans la législation fiscale.

I. Privilèges sur tous les meubles.

1^o Privilège des Douanes. — Établi par l'art. 22, tit. 13, de la loi des 6-22 août 1791, sur les meubles et effets mobiliers des redevables, il ne passe qu'après les frais de justice et autres privilégiés, et ce qui est dû pour six mois de loyers seulement.

2^o Privilège des Contributions indirectes. — Établi par la loi du 1^{er} germ. an xiii, art. 47, sur les meubles et effets mobiliers des comptables, pour leurs débits, et sur ceux des redevables, pour les droits par eux dûs; il prime toutes les créances, même privilégiées, à l'exception des frais de justice et de ce qui est dû pour six mois de loyers seulement.

3° Privilège des frais de justice criminelle, correctionnelle et de Police. — Établi par la loi du 5 septembre 1807, art. 2, au profit du Trésor public, sur tous les meubles du condamné, pour le recouvrement des frais dont la condamnation a été prononcée contre lui. Il ne passe qu'après tous les privilèges des articles 2101 et 2102, et après les sommes dûes pour la défense personnelle du condamné. Ce dernier point est digne de remarque, car il n'existe aucun texte qui établisse directement un privilège pour les frais de défense.

4° Privilège du Trésor sur les meubles des comptables. — Établi par une autre loi en date aussi du 5 sept. 1807, art. 2, il ne passe, comme le précédent, qu'après toutes les créances privilégiées des art. 2101 et 2102. Ce privilège est applicable également au Trésor de la couronne, d'après un avis du Conseil d'État, du 25 février 1808.

5° Privilège pour certaines contributions directes. — Établi par la loi du 12 nov. 1808, art. 1, pour l'année échue et l'année courante des contributions mobilière, des portes et fenêtres, des patentes et toute autre contribution directe et personnelle, il s'exerce avant tout autre privilège, même avant celui du propriétaire pour les loyers. L'année échue et l'année courante de la contribution foncière sont aussi privilégiées, mais elles ne donnent lieu qu'à un privilège spécial sur les récoltes, fruits et loyers de l'immeuble; ce n'est donc pas ici que nous avons à en parler, nous y reviendrons tout à l'heure.

6° Privilège pour droits et amendes en matière de

timbre. — Établi par la loi de finances du 28 avril 1816, 1^{re} partie, art. 76, il prime, comme le précédent, toute créance privilégiée, même celle du bailleur pour les loyers.

Nous devons faire maintenant une observation relative à l'étendue de ces privilèges : elle n'est pas la même que celle des privilèges généraux du Code Napoléon. Le Code, en effet, n'a pas de privilèges qui ne s'appliquent qu'à tous les meubles; ses privilèges généraux sur les meubles s'étendent aussi, en cas d'insuffisance, aux immeubles; il en est différemment de ceux que nous venons d'énumérer, sauf pourtant le privilège du Trésor pour le recouvrement des frais en matière criminelle. Quant au privilège du Trésor public et du Trésor de la couronne sur les biens de leurs comptables, il est certains immeubles qui en sont grevés, savoir : 1^o ceux acquis à titre onéreux par les comptables, postérieurement à leur nomination; 2^o ceux acquis au même titre, et depuis cette nomination, par leurs femmes, même séparées de biens, à moins que ces dernières ne justifient légalement que les deniers employés à l'acquisition leur appartenaient.

II. Privilèges sur certains meubles.

Code de commerce.

La plupart des privilèges établis par le droit commercial se rattachent, comme ceux de l'art. 2102 du Code Napoléon, à l'une de ces deux idées : soit nantissement, soit mise ou conservation d'une valeur dans le patrimoine du débiteur. Nous aurons cependant à

signaler des privilèges commerciaux fondés sur d'autres considérations.

A l'idée de nantissement se rattachent :

Le privilège du commissionnaire pour le remboursement de ses avances, intérêts et frais, sur les marchandises en vue desquelles ces dépenses ont eu lieu ; le commissionnaire qui fait ainsi des avances, ne prête pas à la personne, il prête à la chose, c'est-à-dire à la marchandise, puisque c'est une anticipation qu'il fait sur son produit. L'article 93, Code de com. ne reproduit pas les exigences de forme auxquelles la loi civile soumet le privilège du gagiste ; il exige seulement : 1° que les marchandises soient expédiées d'une autre place ; 2° qu'elles soient à la disposition du commissionnaire, dans ses magasins ou dans un dépôt public, ou bien même, si les marchandises ne sont pas encore arrivées au commissionnaire, qu'il puisse prouver par un connaissement ou par une lettre de voiture, l'expédition qui lui en a été faite ; dès là qu'elles ont été régulièrement expédiées, le commettant est considéré comme dessaisi, et le voiturier détient pour le commissionnaire. Moyennant ces deux conditions, le privilège existe sur les marchandises vendues pour le compte du commettant. Ce privilège offre peu d'utilité lorsque la vente a été faite par le commissionnaire lui-même, car il s'opère alors, par la seule vertu des principes de droit commun, une compensation jusqu'à due concurrence entre la créance et la dette du commissionnaire envers le commettant ; mais, lorsque le commettant est tombé en faillite, les marchandises sont vendues à la requête des syndics, et

l'on comprend, en ce cas, toute l'utilité du privilège.

Le privilège du capitaine pour le fret sur les marchandises de son chargement ; nous avons déjà parlé de ce privilège en même temps que de celui du voiturier ; nous savons donc que, bien que fondé sur le nantissement, il présente cette particularité fort curieuse qu'il se maintient pendant quinzaine après la délivrance des marchandises, si elles n'ont passé en mains tierces (art. 307, Code de com.) ; c'est là, nous l'avons expliqué, une conséquence de la défense faite au capitaine, dans la crainte des risques de mer, de retenir les marchandises sur son navire, faute de paiement du fret (art. 306, Code de com.).

A l'idée de mise ou conservation d'une valeur dans le patrimoine du débiteur, se rattachent :

Les privilèges maritimes énumérés dans les neuf premiers numéros de l'art. 191, Code de com., auquel nous renvoyons pour éviter des longueurs inutiles.

Le privilège des matelots pour leur loyer, sur le navire et le fret (art. 271, Code de com.) ; c'est par leurs services que le navire a été conservé et le fret produit.

Le privilège du capitaine et de l'équipage pour le montant de la contribution sur les marchandises sauvées par suite de jet (art. 428, Code de com.).

D'autres considérations ont donné naissance :

Au privilège des assureurs sur l'armement, l'équipement, et la coque du navire, pour le montant des primes d'assurances faites sur ces objets et dues pour le dernier voyage (art. 191, 10°, Code de com.) ; c'est à la faveur que mérite le contrat d'assurance, si utile au

développement commercial, qu'il faut attribuer ce privilège. L'assurance d'ailleurs, si elle ne conserve pas la chose assurée elle-même dans le patrimoine du débiteur de la prime, produit le même résultat en y versant la valeur de cette chose, en cas de perte.

Et au privilège des affréteurs, pour les dommages-intérêts qui peuvent leur être dus pour défaut de délivrance des marchandises qu'ils ont chargées ou pour le remboursement des avaries souffertes par lesdites marchandises, par la faute du capitaine ou de l'équipage (art. 191; 11°, Code de com.).

Lois spéciales.

Citons le privilège pour l'année échue et l'année courante de la contribution foncière sur les récoltes, fruits, loyers et revenus des immeubles soumis à la contribution (art. 1, Loi du 12 novembre 1808). Ce privilège passe avant tout autre; la masse des créanciers n'a dû compter sur les revenus de l'immeuble que déduction faite de l'impôt foncier.

Le privilège du Trésor sur le cautionnement des comptables; (loi du 5 septembre 1807, art. 3).

Enfin d'autres privilèges ont été établis par décrets des : 27 février 1811, au profit des facteurs à la halle aux blés, à raison des farines livrées sur le carreau de la halle, sur les quinze sacs formant le dépôt de garantie du boulanger leur débiteur; 6 février 1811, art. 31, et 15 mai 1813, art. 4, au profit de la ville de Paris, pour les avances faites aux bouchers par la caisse de Poissy, sur le cautionnement desdits bou-

chers, la valeur de leurs étaux et leurs créances pour fournitures de viande, peaux et suifs.

Un décret du 26 pluviôse, an II, établit provisoirement un privilège au profit des ouvriers et fournisseurs, sur les sommes dues par l'État aux entrepreneurs et adjudicataires de travaux publics, mais tout le monde s'accorde à considérer ce décret provisoire comme étant toujours en vigueur. Un semblable privilège a été accordé par décret du 12 décembre 1806, art. 3, aux sous-traitants, sur les sommes dues aux traitants pour fournitures faites au service de la guerre.

Quant au privilège reconnu par la jurisprudence en faveur de la régie de l'enregistrement, pour le paiement des droits de mutation par décès, loi du 22 frim., an VII, art. 32, il a donné lieu à des difficultés qu'il ne nous appartient pas d'approfondir ici.

CHAPITRE III.

Classement des privilèges sur les meubles.

Quand un privilège rencontre de simples créances chirographaires, il les prime sans difficulté; mais quand plusieurs privilèges se rencontrent sur un même meuble, quels sont ceux qui primeront les autres, quels sont, au contraire, ceux qui seront pri-

més ? C'est ce que la loi devrait nous dire ; puisque, seule, elle peut faire les privilèges, seule aussi, elle devrait déterminer quel rang de préférence elle accorde à chacun d'eux. Malheureusement elle ne s'est acquittée de cette partie de sa tâche que d'une manière fort incomplète ; nous aurons à nous inspirer de ses décisions éparses pour suppléer à son silence et résoudre les difficultés auxquelles donne lieu la question ardue du classement des privilèges, question, nous pouvons le dire en passant, qui ne se présente que pour les privilèges du Code Napoléon, car le Code de commerce et les lois spéciales dont nous parlions dans notre appendice aux chapitres précédents, ont pris soin de fixer avec exactitude le rang de leurs privilèges.

Nous allons déterminer successivement l'ordre des privilèges généraux entre eux, puis celui des privilèges spéciaux entre eux, puis enfin, nous arriverons au concours des privilèges généraux, avec les privilèges spéciaux.

§ 1^{er}. — CLASSEMENT DES PRIVILÈGES GÉNÉRAUX ENTRE EUX.

Ici, nous n'avons qu'à rappeler le texte de l'article 2101, « les créances privilégiées sur la généralité des meubles s'exercent dans l'ordre suivant : »

- « 1^o Les frais de justice,
- « 2^o Les frais funéraires,
- « 3^o Les frais de la dernière maladie.
- « 4^o Les salaires des gens de service.
- « 5^o Les fournitures de subsistances »

Déjà nous avons dit que les frais de justice passent avant tous autres, comme ayant profité à tous les créanciers. Quant à l'ordre des autres privilèges, il nous semble qu'on pourrait critiquer la préférence donnée aux salaires des gens de service sur les fournitures des subsistances. Quelque intéressante que soit la créance des gens de service, n'est-il pas bizarre qu'ils puissent, pour se faire payer, empêcher le paiement des subsistances qu'ils ont en partie consommées eux-mêmes.

§ 2. — CLASSEMENT DES PRIVILÈGES SPÉCIAUX ENTRE EUX.

Le Code n'a pas établi l'ordre de ces privilèges comme celui des privilèges généraux, mais dans le cours de l'art. 2102, il lui est arrivé quelquefois de statuer sur la rencontre de certains privilèges spéciaux sur un même objet. Commençons par relever les cas exceptionnels où la loi s'est prononcée; mettons en lumière, autant que nous le pourrons, la pensée qui a guidé le législateur et qui doit nous guider aussi, pour compléter par voie d'interprétation l'œuvre qu'il a laissée imparfaite.

Conflit du bailleur d'immeubles avec le vendeur de meubles (art. 2102, 4^o).—Le vendeur ne peut exercer son privilège qu'après celui du bailleur, à moins que celui-ci n'ait eu connaissance du défaut de paiement, et, par conséquent, du privilège du vendeur avant l'introduction des meubles dans la maison ou la ferme. C'est une simple application de l'art. 2279, la règle en fait de meubles, possession vaut titre, fait

évanouir les droits réels. Mais le vendeur peut-il, s'il est encore dans la huitaine de la livraison, revendiquer la chose vendue et la soustraire ainsi au gage du bailleur? pour l'affirmative, on invoque l'opinion de Pothier; on fait de plus valoir le bref délai dans lequel est enfermé le droit de revendication; mais ceci ne peut empêcher l'application du principe : *en fait de meubles, etc.*; comment d'ailleurs la revendication du vendeur, qui ne tend qu'à une simple reprise de possession, pourrait-elle avoir plus de force que la revendication du propriétaire n'en aurait en pareil cas?

Conflit du bailleur d'immeuble avec les frais de semences et récolte de l'année (art. 2102, 1^o). — La préférence appartient à ces derniers, car ils ont produit la récolte et fait ainsi l'affaire du bailleur, qui, sans eux, n'aurait pas privilège sur elle, puisqu'elle n'existerait pas.

Conflit du bailleur d'immeubles avec la créance pour ustensiles (art. 2102, 1^o). — La préférence appartient encore à cette dernière. Dans la créance pour ustensiles rentre celle du vendeur; or, la loi donnait tout à l'heure la priorité au locateur sur le vendeur de meubles. Nous avons expliqué cette contrariété de décision, en faisant remarquer que le fermier est habituellement en compte-courant avec le fabricant d'ustensiles; que le bailleur n'ignore pas cette circonstance et ne peut, par conséquent, invoquer la maxime : *en fait de meubles, etc.*; et puis, le législateur a jugé utile d'augmenter le crédit du cultivateur qui a un besoin indispensable d'ustensiles aratoires; cette

acquisition est même, en réalité, faite dans l'intérêt du bailleur, car ces ustensiles sont nécessaires à la production de la récolte.

Avec ces données, abordons l'examen des cas non prévus par le Code. Tous les privilèges spéciaux sur les meubles peuvent être ramenés à deux causes : nantissement et mise ou conservation de valeur dans le patrimoine du débiteur. Quand nous aurons passé en revue : 1° le conflit entre privilégiés à raison d'un nantissement ; 2° le conflit entre créateurs ou conservateurs de valeur ; 3° enfin le conflit entre ces deux catégories de privilégiés, nous aurons complètement classé les privilèges spéciaux.

1° *Conflit entre privilégiés à raison d'un nantissement.* — Au premier coup d'œil, il paraît surprenant que plusieurs créanciers puissent se trouver nantis à la fois du même objet ; cela peut se présenter cependant. Si l'objet du gage a été remis à une personne qui le possède au nom de tous, le plus ancien sera préféré, car le gage du second créancier n'a pu grever l'objet que déduction faite du droit réel déjà constitué au profit du premier ; si l'objet est possédé par le second créancier, alors de deux choses l'une : il est sorti de la possession du premier par l'effet d'une perte ou d'un détournement, ou bien il en est sorti par l'effet d'un dessaisissement volontaire ; dans le premier cas, c'est encore au plus ancien qu'appartient la préférence, car la maxime : *en fait de meubles, etc.* ne lui est pas opposable ; dans l'autre cas, il n'y a pas de conflit, car il n'y a plus qu'un créan-

cier qui soit nanti, l'autre a cessé de l'être en se dessaisissant volontairement.

2° *Conflit entre créateurs ou conservateurs de valeur.* — On peut formuler en règle générale que le créancier qui a travaillé dans l'intérêt d'un autre, doit lui être préféré. La loi a fait elle-même application de ce principe à l'hypothèse particulière des frais de semences et de récolte vis-à-vis des fermages sur les fruits de la récolte de l'année. Elle en fournit une autre application dans l'art. 323 du Code de commerce qui, décidant la question de rang entre divers prêteurs à la grosse, porte que « le dernier emprunt » sera toujours préféré à celui qui l'aura précédé. » Nous dirons donc, en nous conformant à ce principe, qu'entre vendeur et conservateur, le conservateur passera le premier; qu'entre plusieurs conservateurs, c'est le dernier qui sera préféré, *totius enim pignoris causam salvam fecit*, les conservateurs antérieurs lui doivent la conservation de leur privilège; qu'entre plusieurs vendeurs successifs, si l'on suppose qu'aucun n'a perdu son privilège, la préférence devra être accordée au premier, car, en aliénant la chose, il a retenu sur elle un droit réel pour la garantie de son prix, en sorte que les vendeurs subséquents n'ont pu retenir à leur tour un semblable droit réel que sur la chose déjà amoindrie de celui qu'avait retenu le premier, l'art. 2103, 1°, 2° alinéa, le décide formellement pour les ventes immobilières.

3° *Conflit entre privilégiés à raison d'un nantissement, et créateurs ou conservateurs de valeur.* — D'abord, entre le créancier nanti et le vendeur, pas de

difficultés; la loi nous a fait connaître sa volonté, à propos du locateur d'immeuble en concurrence avec le vendeur des meubles, nous n'avons qu'à étendre cette disposition à tout privilège fondé sur le nantissement; le créancier qui invoque un gage exprès ou tacite, a la priorité sur le vendeur, pourvu qu'il n'ait pas eu connaissance des droits de celui-ci en recevant le gage; s'il en avait eu connaissance, le vendeur serait préféré. Entre le créancier nanti et le conservateur, il faut distinguer : si les frais de conservation ont été faits durant le nantissement, ils ont profité au créancier gagiste, puisqu'ils ont sauvé son gage; ils doivent donc passer avant lui : s'ils ont, au contraire, été faits avant le nantissement, on ne saurait y voir une gestion d'affaires pour le compte du gagiste; ces frais ne sont pas, quant à lui, des frais de conservation, et nous retombons dans la règle que nous avons posée pour le vendeur; nous mettrons donc au premier rang, soit le créancier nanti, soit le conservateur, selon que le nanti aura ignoré ou connu, en recevant le gage, la créance des frais de conservation.

§ 3. — CLASSEMENT DU CONCOURS DES PRIVILÈGES GÉNÉRAUX AVEC LES PRIVILÈGES SPÉCIAUX SUR LES MEUBLES.

C'est ici surtout que le silence de la loi a donné carrière à des systèmes contradictoires. Examinons-les très-rapidement.

Premier système : Les privilèges généraux doivent passer en masse avant les privilèges spéciaux.

A l'appui de cette opinion, on invoque d'abord l'ordre dans lequel la loi traite des privilèges : art. 2101 privilèges généraux, art. 2102 privilèges spéciaux, priorité d'énonciation, donc priorité de rang. D'ailleurs, ajoute-t-on, la preuve que le Code préfère les privilèges généraux, c'est précisément la généralité qu'il leur a donnée, non-seulement sur les meubles, mais même subsidiairement sur les immeubles; comment prétendre qu'il accorde le même degré de faveur aux créances auxquelles il ne donne privilège que sur un seul objet; l'art. 2105 fait justice de cette prétention au sujet du concours des privilèges généraux avec les privilèges spéciaux sur les immeubles; il attribue formellement la priorité aux privilèges généraux; or, ce qui est vrai pour les immeubles l'est également pour les meubles, puisque les privilèges généraux doivent être préférés au vendeur d'immeubles, pourquoi ne le seraient-ils pas également au vendeur de meubles? Enfin, les privilèges généraux, sauf les frais de justice dont le rang ne fait pas difficulté, sont fondés sur les considérations d'humanité les plus puissantes, et par conséquent, plus que toutes autres, dignes de faveur (1). Il nous semble facile de réfuter ces arguments. La priorité d'énonciation n'a pas évidemment l'importance exagérée qu'on voudrait lui donner; quant à la généralité ou à la spécialité du privilège, ce n'est pas un effet de la plus ou moins grande bienveillance de la loi pour les créanciers, mais de la nature même des

(1) Troplong, n° 73. — Pont, n° 178.

créances privilégiées, car les privilèges de l'art. 2102, ayant pour cause soit une constitution de gage, soit la mise ou la conservation d'une valeur dans le patrimoine du débiteur, sont nécessairement limités dans leur étendue. L'argument tiré de l'art. 2105 n'est pas plus décisif, les immeubles ont toujours une certaine importance, et les créances qui jouissent d'un privilège général, sont ordinairement peu considérables; de plus, elles ne peuvent se présenter sur les immeubles que déjà diminuées par l'épuisement du mobilier; elles n'enlèveront donc au créancier privilégié sur les immeubles qu'une somme minime, et ne leur causeront qu'un bien léger préjudice; mais il n'en serait plus de même sur les meubles; la valeur de ces biens est le plus souvent modique, le privilège général absorberait, et au-delà, l'objet du privilège spécial, et le créancier qui n'avait que cette garantie restreinte, se trouverait presque toujours dépouillé par un concurrent, dont le droit, loin d'être limité à cet objet particulier, aurait pu s'exercer aussi bien sur tout autre meuble, et, à défaut, même sur les immeubles. Voilà pourquoi la loi nous dit que les privilèges de l'art. 2101 passeront avant ceux de l'article 2103, et ne nous dit pas qu'ils passeront aussi avant ceux de l'art. 2102. Ce n'est pas *a simili*, mais *a contrario*, qu'il convient de raisonner. Maintenant aux considérations d'humanité, on peut opposer des considérations juridiques très graves, telles que l'autorité de la possession; aussi je pense que ce système n'est pas celui du Code. Je suis confirmé dans cette opinion par un texte formel, l'art. 662, C. de pr.,

qui fait passer le privilège spécial du locateur avant tous les privilèges généraux, autres que celui des frais de justice.

Deuxième système. — C'est exactement l'inverse du précédent ; les privilèges spéciaux sur les meubles priment toujours les privilèges généraux. Mais cette formule est évidemment trop absolue, car le privilège des frais de justice qui prime tous les autres, y compris celui du locateur dans une certaine mesure, est un privilège général. Il faut donc chercher une autre règle.

Troisième système. — Peu importe la généralité ou la spécialité des privilèges, il ne faut pas, pour les classer, mettre en présence d'un côté la liste de l'art. 2101, de l'autre celle de l'art. 2102, et vouloir faire passer forcément l'une des deux avant l'autre ; il faut prendre chaque privilège en particulier et lui assigner son rang d'après sa qualité, en un mot, appliquer l'art. 2096 : « Entre les créanciers privilégiés, « la préférence se règle par les différentes qualités « des privilèges » (1). Nous pouvons à présent poser les bases théoriques de cette classification.

Le privilège des frais de justice ne dérive pas de la même cause que le reste des privilèges généraux ; nous allons nous occuper d'abord de lui, tous les autres étant basés sur une même idée, nous en parlerons ensuite simultanément.

Les frais de justice ont profité à tous les créanciers ; chacun d'eux eût été obligé de les faire pour exercer ses droits, le premier rang leur appartient donc ;

(1) Demante, *Thémis*, tome VI, p. 235. — Duranton, n° 203.

c'est ce que déclare l'art. 662, C. pr., c'est ce qui résulte aussi de la loi du 1^{er} germinal, an xii, art. 47. Remarquons, toutefois, que si nous colloquons les frais de justice avant toutes autres créances, c'est comme ayant profité aux autres, et dans la mesure seulement de l'utilité qu'ils ont eue pour chacune d'elles ; j'ai déjà insisté sur ce point.

Quant aux autres privilèges généraux, nous ne pourrions les admettre en un rang aussi favorable ; pour connaître celui qu'ils doivent occuper, il faut les supposer tour à tour en concurrence avec les privilèges spéciaux basés sur un nantissement, puis avec ceux qui se fondent sur une mise ou conservation de valeur.

Supposons les en lutte avec les privilégiés nantis. A défaut de texte général, nous avons du moins un article particulier au locateur qui nous révèle la pensée de la loi sur ce concours ; d'après l'art. 662, C. pr., combiné avec l'art. 661, le locateur est préféré à tous les privilèges généraux excepté aux frais de justice faits dans l'intérêt de sa créance. On objecte que, s'il fallait en croire cet article, le privilège du locateur serait toujours préféré à tous les privilèges spéciaux, tandis qu'il peut fort bien se faire, ainsi que nous l'avons démontré, et que l'art. 2102 le dit expressément, qu'il se trouve primé par d'autres ; mais on répond à cette objection que le Code de procédure, écrit sous les inspirations de la pratique, a bien pu ne pas songer aux cas tout à fait exceptionnels où le locateur se trouve primé par d'autres créanciers ayant un privilège spécial, tandis qu'il n'est

pas admissible qu'il ait oublié les privilèges généraux. L'art. 47 de la loi du 1^{er} germinal an xii, de bien peu postérieure au Code Napoléon, œuvre des mêmes législateurs, donne à la régie des contributions indirectes un privilège qui ne le cède qu'aux frais de justice et à la créance du locateur pour six mois de loyer ; cette loi confirme donc l'art. 661, C. pr., et donne rang au locateur immédiatement après les frais de justice, avant tous autres privilèges. Cette préférence accordée au locateur étant fondée sur le nantissement, nul doute qu'elle n'appartienne aussi à tous les privilèges qui se fondent sur la même cause.

Si nous supposons maintenant la lutte engagée entre les privilèges généraux autres que les frais de justice et les privilèges spéciaux fondés sur la mise ou la conservation d'une valeur dans le patrimoine du débiteur, nous trouvons la solution de cette difficulté dans l'article même qui établit et classe les privilèges généraux. L'art. 2101 appelle, en effet, au premier rang les frais de justice, or le fondement de ce privilège et la raison de la préférence éminente dont il est l'objet, c'est l'avantage procuré à tous, la gestion de l'affaire de tous ; aussi, avons-nous expliqué que le premier rang ne leur appartient qu'autant qu'ils ont, comme la loi le suppose, été utiles à tous. Ce que la loi dit pour l'espèce particulière des frais de justice, la raison veut que nous l'appliquions, par analogie, à tout privilège basé sur la même cause. Comment concevoir que tous les créanciers puissent s'enrichir des dépenses faites par un seul, et refuser d'y contribuer ? un pareil résultat devrait être écarté, ne fut-ce que

dans l'intérêt des privilèges généraux auxquels il attribue une préférence injuste, car cet intérêt bien entendu exige que ceux qui seraient portés à faire des frais pour l'augmentation ou la conservation du patrimoine du débiteur, ne soient pas arrêtés par la crainte de ne pouvoir se faire rembourser de leurs avances.

Ainsi, en résumé, voilà, selon nous, sur quelles bases on doit asseoir l'ordre dans lequel tous les privilèges s'exerceront sur les meubles :

Au premier rang, les frais qui ont profité à tous ;

Au second rang, les créances garanties par un gage exprès ou tacite ;

Au troisième rang, les privilèges fondés sur l'idée de mise d'une valeur dans le patrimoine du débiteur, ou de conservation antérieure au nantissement.

Observons cependant que si le créancier nanti avait, en recevant son gage, connu l'existence de ces créances, il leur céderait le second rang et ne viendrait lui-même qu'au troisième.

Enfin, au quatrième rang, et dans l'ordre déterminé par l'art. 2101, les privilèges fondés sur des considérations de morale et d'humanité.

POSITIONS.

ABRÉGÉ ROMAIN.

1. On peut avoir hypothèque sur sa propre chose.
2. Le possesseur de bonne foi fait les fruits définitivement siens par le simple détachement : *nec obstant* L. 1, § 2, D. *De pign. et hyp.*; — L. 16, § 4, h. t.; — L. 48 pr., D., *De adq. rer. dom.*
3. L'hypothèque établie sur une esclave comprend le part même né chez un tiers détenteur, pourvu que la mère ait été *in bonis debitoris* au moment de la conception ou pendant sa grossesse.
4. Si la maison hypothéquée a été reconstruite par un possesseur de bonne foi, le créancier sera obligé de lui tenir compte de la plus value résultant de ses travaux : *n. o.* L. 44, § 1, D. *De damn. inf.* Il n'y a pas de contradiction entre cette loi et la loi 29, § 2, D. *De pign. et hyp.*
5. Lorsque le débiteur qui a hypothéqué la chose d'autrui en devient propriétaire, le créancier n'a d'action utile qu'autant qu'il a ignoré que la chose fût à autrui; s'il l'a su, il n'a qu'un simple droit de rétention : *n. o.* L. 41, D. *De pign. act.*; — L. 5, C. *Si al. res. pign.*

6. La loi 22, D. *De pig. et hyp.* et la loi 41, D. *De pig. act.* sont inconciliables.

7. La loi 16, § 3, D. *De pign. et hyp.* et la loi 21, § 3, D. h. t. sont inconciliables.

8. Quand un débiteur a constitué plusieurs hypothèques sur un bien, avant l'entrée de ce bien dans son patrimoine, il faut suivre entre ces hypothèques la règle « *Potior tempore...*; » n. o. L. 7, § 1, D. *Qui pot.*

9. Il n'y a pas d'antichrèse tacite, n. o. L. 8, D. *In quib. caus.*

DROIT FRANÇAIS.

1. Le deuil de la veuve est privilégié.
2. Les frais de la dernière maladie ne doivent pas s'entendre seulement de la maladie mortelle.
3. Le privilège des gens de service comprend tous les gens de service, qu'ils soient ou non à l'année.
4. Le privilège des fournitures de subsistances n'est pas restreint aux fournitures de bouche.
5. Le locateur a privilège sur tous les meubles apportés dans les lieux loués pour y demeurer.
6. Le locateur dont le bail n'a pas date certaine, a privilège pour toutes les années échues, l'année courante, et une année, à partir de l'expiration de l'année courante.
7. La tacite reconduction après bail ayant date certaine, doit être assimilée au bail sans date certaine.
8. Lorsque le locateur a perçu une partie des loyers à échoir, les autres créanciers du locataire peuvent relouer pendant le temps correspondant à ces loyers, sans être obligés à payer ce qui reste dû jusqu'à la fin du bail.
9. Les frais d'amélioration ne sont pas privilégiés sur les meubles.

10. Le privilège du vendeur peut s'exercer sur le prix de la revente amiable faite par l'acheteur.

11. La mise en gage de la chose vendue n'éteint pas le privilège du vendeur.

12. Le prédécesseur d'un officier ministériel destitué doit être colloqué par préférence aux autres créanciers, sur la somme que le gouvernement oblige le successeur du destitué à consigner au profit de qui de droit.

13. La revendication du vendeur est une simple reprise de possession.

14. Le privilège du voiturier est fondé sur le nantissement; d'où il suit qu'il doit cesser si le voiturier a livré la chose voiturée.

15. La généralité ou la spécialité des privilèges est sans intérêt au point de vue de leur classement.

DROIT CRIMINEL.

1. Les règles sur la preuve sont les mêmes devant les tribunaux criminels que devant les tribunaux civils.

2. Lorsqu'une qualité personnelle à l'auteur d'un crime ou d'un délit aggrave la criminalité de ce fait, le complice est passible de l'aggravation de peine qui en résulte.

HISTOIRE DU DROIT.

1. Le domaine congéable de Bretagne a son origine dans les émigrations des Gallois de la Bretagne insulaire dans la Bretagne continentale, aux cinquième et sixième siècles.

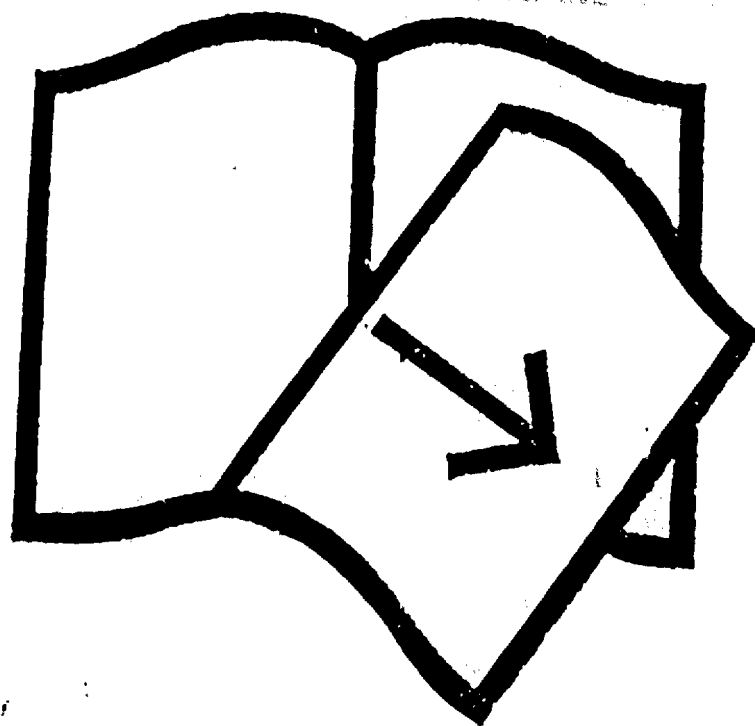
2. Les « Etablissements de saint Louis » ne sont pas l'œuvre de ce prince.

Vu par le Président,
E. BONNIER.

Permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
CAYX.



Vu par le Doyen,
G.-A. PELLAT.



Documents marquants (pages, cahiers...)

NF Z 43-120-13

